CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: A DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE VISTA A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO*

CONSTITUTION AND PROCESS: THE JUDICIAL REVIEW DECISION SINCE THE CONSTITUTIONALIZATION OF PROCESS

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia**

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: Procura-se mostrar como as decisões em sede de controle de constitucionalidade das leis, especialmente no Brasil, necessitam ser compreendidas a partir dos princípios do Processo Constitucional.
Palavras-chave: Constituição. Processo. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: Our intent is to show the judicial review decisions, especially in Brazil, need to be understood since the Constitutional Process principles.
Key Words: Constitution. Process. Judicial Review.

Introdução: o "Processo Constitucional"

"O Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais" (BARACHO, 1999a:118). Pretendemos nesse breve ensaio resgatar as lições acerca da importância do Processo Constitucional no âmbito dos operadores e estudiosos do Direito e mostrar a precedência da Constituição sobre os demais ramos do Direito (aqui particularmente) apontando os Direitos e Garantias afetos ao Processo e suas implicações sobre este e à garantia dos Direitos Fundamentais.

Conseguiremos, assim, revisitar o controle de constitucionalidade (talvez um dos capítulos mais importantes do Processo Constitucional), como lembra José A. de Oliveira Baracho (1999a:104), "alguns intérpretes vêem a jurisdição constitucional como objeto essencial das investigações sobre Processo Constitucional". Nesse sentido, pretendemos mostrar a origem e o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil e no mundo para então chegarmos a discutir a correlação entre proteção dos Direitos Fundamentais, a natureza das decisões ("sentenças constitucionais") em sede de controle de constitucionalidade.

A conceituação da nova disciplina (Processo Constitucional) deveu-se a vários fatores históricos e sociais.

Conforme mostraremos adiante, o Processo Civil, ou "direito adjetivo" — costumeiramente tido como mera realização judicial dos "direitos substantivos" — vai sofrer profunda mudança a partir do final do século XIX, quando num primeiro

---

* Este artigo foi inicialmente apresentado como monografia para a disciplina "Processo Constitucional", ministrada pelo Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho no curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFMG, cursada no segundo semestre de 2002.

** Professor de Processo Civil na Faculdade Estácio de Sá – BH e de Processo Civil e Direito Constitucional na Faculdade ASA – Brumadinho. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional - UFMG.

momento se autonomiza para depois vir a sofrer influência dos preceitos constitucionais.

Ele já não é mais mero apêndice do Direito Civil, contudo sua autonomia também não permanece absoluta, pelo menos no que toca à sua subordinação às Constituições que vão cada vez mais se preocupando em não apenas "elencar" direitos, mas também construir instrumentos que garantam a efetividade destes e dela própria.

"Os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos Direitos Fundamentais do homem" (BARACHO, 1980-82:59).

Diante da ambivalência com a qual têm sido estudados os institutos do processo (tanto por constitucionalistas, como por processualistas propriamente ditos, cada qual desde perspectivas diferentes e, por vezes, até mesmo contraditórias), mostra-se necessidade de unificar esses estudos sob uma perspectiva comum. Nasce assim uma nova disciplina, apreendida por autores de renome em todo o mundo e no Brasil com a já clássica obra de José A. de Oliveira Baracho: "Processo Constitucional", que pode ser assim definido como:

"O Direito Constitucional Processual é o ramo do Direito Constitucional que tem o propósito essencial de estudar, de forma sistemática, as instituições processuais reguladas pelas disposições constitucionais, qualificadas como garantias constitucionais de caráter processual" (BARACHO, 1980-82:71)[1].

Em um texto publicado pela "Revista de Derecho Procesal" do Uruguai (posteriormente republicado pelo "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", em 1977), Héctor Fix-Zamudio, referindo-se ao trabalho de Couture, nos dá notícia do nascimento de uma nova disciplina, o "derecho constitucional procesal", surgido como "*resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*" (FIX-ZAMUDIO, 1977:315). O jurista chama a atenção para a anterioridade e a repercussão dos trabalhos de Couture (especialmente o seu "Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil") no âmbito processual mostrando a transcendência constitucional dos institutos processuais (FIX-ZAMUDIO, 1977:317).

A constatação é clara, "ação, jurisdição e processo" devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional.

"*En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción*"(FIX-ZAMUDIO, 1977:318)[2].

Outra não foi a conclusão do 1º Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional: "es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar, con mayor profundidad y en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial" (citado por FIX-ZAMUDIO, 1977:318).

1. Constitucionalização do Processo

Tem-se falado muito hoje em dia em "Direito Civil Constitucional", "Direito Penal Constitucional", e outras combinações entre os mais variados ramos do Direito e a Constituição (ou o Direito Constitucional). Essa tendência nos parece bastante positiva, haja vista um aparente reconhecimento da importância e da primazia da Constituição sobre todo o Direito, nas suas mais variadas manifestações.

Um fator que também pode explicar a atual tendência, no Brasil, de se constitucionalizar o Direito Comum, estaria no fato de a nossa atual Constituição, mais do que qualquer outra anterior (e, provavelmente mais do que qualquer outra no mundo), além de tratar de matérias tradicionalmente afetas a uma Lei Maior — organização do Estado, dos poderes, da forma e regime de governo, além de um extenso e inigualável elenco de direitos e garantias —, trouxe para o seio da Constituição disposições afetas ao Direito Civil, Comercial, Tributário, Penal, Processual (e outros) de maneira extremamente pormenorizada.

Assim, quer se queira atualmente trabalhar em juízo com o Direito ou quer se queira simplesmente estudá-lo, dificilmente será possível fazê-lo sem se reportar à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No entanto, se isso, por várias razões é um ganho, por outro lado pode resultar em problemas quando o trato com a Constituição é feito de maneira que não considere a especificidade constitucional. Como defende Álvaro R. de Souza Cruz (2000:27-28):

"[A] singularidade das normas constitucionais se liga aos aspectos semântico/sintáxico, vez que dotados de uma tessitura extremamente aberta. Para tanto, basta examinar o artigo primeiro da atual Carta Constitucional para se perceber que, na interpretação constitucional, a latitude dos conceitos é enorme, derivada ainda da coloquialidade oriunda de um processo dialético e dialógico dos acertos e acordos do trabalho constituinte".

Isso é ainda mais complexo em uma Constituição com um elenco tão longo de direitos e garantias fundamentais, como observa Alexy, referindo-se especificamente à Constituição brasileira de 1988:

"Os problemas de interpretação jurídico-fundamentais que aparecem em toda a parte são, por meio dessa regulação relativamente detalhada, abafados em parte ampla, mas não eliminados; em alguns casos nascem até novos. Assim o artigo 5º, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista?" (ALEXY, 1999:63).

No Direito Comparado, vamos encontrar um desenvolvimento maior acerca da "constitucionalização do Direito", por exemplo, com Favoreau ("La Constitutionnalisation du Droit"[3]).

A Constitucionalização do Processo é um capítulo à parte dentro da tendência apresentada. Inicia-se já quando as bases profundamente privatistas e liberais do Processo Civil começam a ser questionadas e este tem reafirmada a natureza de Direito Público (até então sua colocação didático-enciclopédica como de Direito Público provinha muito mais para reforçar o *imperium* do Estado na Administração da Justiça, do que propriamente para lhe aplicar princípios constitucionais).

Essa mudança pode ser vista em Oscar Von Bülow ("Teoria das Exceções e dos Pressupostos Procesuais"), o precursor da autonomização do processo como ramo específico do Direito (e sua classificação como de Direito Público)[4]; continua com

Carnelluti (transcendência constitucional da ação), Calamandrei (relatividade do conceito de ação e suas implicações políticas), Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Eduardo Couture (que, finalmente, estende as categorias constitucionais ao processo) (cf. BARACHO, 1980-82:67-69). Assim, apenas recentemente se vai considerar a ação como um direito público-subjetivo de natureza constitucional, um conceito iniciado com Carnelutti e desenvolvido entre nós por Couture (cf. FIX-ZAMUDIO, 1977:316).

Trata-se de uma mudança paradigmática na interpretação do processo. Como definiram Andolina e Vignera (1990:13): "*[l]e norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettbile di formare l'oggetto di una esposizione unitaria*".

O Processo vem desde já há muito sofrendo modificações em sua estrutura e função social. Diante de seu desenvolvimento, sua função já "não pode ser apenas aplicativa e conservadora, mas deve ser instrumento de mudança" (BARACHO, 1985:118).

Dessa forma que o processo — como outros ramos do Direito, consoante dissemos supra — também vai se tornando "Processo Constitucional", num desenvolvimento contínuo.

"Apreciar o fenômeno da recepção das bases constitucionais do Direito Processual, passou por diversos debates, inclusive sobre os aspectos da internacionalização do tema e o lugar ocupado nestas questões pelos princípios gerais do direito, inclusive no que diz respeito à repartição de competências" (BARACHO, 2000e:10).

Chega-se até os dias de hoje em que se lhe reconhece autonomia, mas não para permanecer isolado e privatista, mas, para abarcar princípios de Direito Público e particularmente princípios constitucionais. O "Processo" apenas pode ser compreendido hoje como "Processo Constitucional".

É importante assinalar as conseqüências disso: a partir do momento em que o Processo é visto como "Processo Constitucional", toda Justiça (e, pois, todo juiz/Tribunal) é Constitucional.

Quando falamos, hoje, pois, em Controle de Constitucionalidade como sinônimo de Jurisdição (ou Justiça) Constitucional, devemos explicitar os supostos a partir dos quais utilizamos os termos[5]; principalmente se estivermos nos referindo ao Brasil, onde todo e qualquer juiz está autorizado a deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional (cf. infra). De forma que "Jurisdição Constitucional" pode significar o mesmo que "Controle de Constitucionalidade" caso estejamos falando de sistemas de controle concentrado de normas (como o alemão): aí há uma jurisdição propriamente "constitucional" (executada exclusivamente por um "Tribunal Constitucional") e outra "ordinária" (executada pelos demais juízes). Sem embargo, quer nos refiramos a países como o Brasil ou como a Alemanha, teremos que considerar o Processo como "Processo Constitucional", pois este representa um ganho do atual Estado de Direito.

1.1. As Garantias Constitucionais do Processo

A Constituição de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal ou procedimentos administrativos) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito (cf. BARACHO, 1985:

60 e 2000e:13-14). Só para citar alguns constantes do artigo 5º da Constituição: direito à tutela jurisdicional ampla (5º, XXXV); proibição de tribunais de exceção (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandando de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

Como se percebe desse breve levantamento, a partir de 1988 toda a processualista brasileira deve mudar, já que o "modelo constitucional do processo civil assenta-se [agora mais do que nunca] no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional" (BARACHO, 1999a:92.); garantias foram ampliadas (com a criação, por exemplo do mandado de segurança coletivo), novas garantias surgiram (como o mandado de injunção, o *habeas data*). Vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal simplesmente não foram recepcionados (por exemplo, as disposições desde último acerca das prisões provisórias sem fiança).

1.1.1. O Devido Processo Legal

A Constituição, a exemplo das anteriores, resguarda os direitos ao princípio da inocência e ao devido processo legal (*due process of law*).

O devido processo legal, segundo a doutrina, tem sua origem na Magna Carta inglesa, associado ao chamado "law of the land": "*nullus liber homo capitur vel imprisonetur* (...) *nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae*".

"A expressão **devido processo** significa o processo que é justo e apropriado. Os procedimentos judiciais podem variar de acordo com as circunstâncias, porém, os procedimentos devidos seguem as formas estabelecidas no direito, através da adaptação das formas antigas aos problemas novos. (...) Com o tempo, a cláusula do '**due process**' passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade" (BARACHO, 1980-82:89-90).

Esta garantia, passada aos Estados Unidos — primeiramente constante de algumas Constituições das ex-colônias até ser consagrada na V e XIV[6] Emendas da Constituição Federal —, significou um grande avanço na dogmática processual, significando não mais propriamente o *law of the land*, mas os usos e modos de procedimento estabelecidos.

Tal é a importância da garantia do *due process* nos Estados Unidos, que assim afirma Lêda Boechat Rodrigues (1958:92),

"Nos Estados Unidos, praticamente até 1895, foi ela entendida nesse sentido estrito [de garantia processual e não material], com a única exceção do caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão. Dando à cláusula do 'due process', da 5a. Emenda Constitucional, o significado de direitos substantivos, declarou a Corte, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso: a seção 8ª do Missouri Compromise Act, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios"[7].

A partir do momento em que, ao lado de se configurar em uma garantia processual, passa a ser também uma garantia material, o *due process* impõe a limitação dos poderes do Estado. O Judiciário não pode julgar e condenar alguém sem que a este sejam garantidos voz e meios para

se defender. Doutro lado, o Legislativo (e o Executivo) não podem adotar medidas que venham a ferir o núcleo de direitos fundamentais do cidadão — nessa época circunscritos a direitos individuais contra a ingerência do Estado.

Após esse primeiro momento, vários paradigmas vão se suceder — o Estado é chamado a intervir e o elenco de direitos se amplia — contudo, a garantia do devido processo permanece em seu duplo aspecto.

Como observa José Alfredo de O. Baracho Jr., no que tange ao devido processo substantivo, esta doutrina prevaleceu na Suprema Corte até o caso *Wet Coast Hotel v. Parrish* (1937), estando voltada

"para a proteção dos direitos fundamentais à propriedade e a liberdade, especialmente de iniciativa e de contrato, contra a ação dos governos estaduais. Por outro lado, como conseqüência dessa mesma doutrina, várias leis estaduais que dispunham sobre direitos sociais, tais como jornada máxima de trabalho, salário, mínimo, proteção ao trabalho da mulher e limites ao trabalho infantil foram declaradas inconstitucionais" (BARACHO JR, 2003:321).

É importante observarmos como a Suprema Corte dos Estados Unidos vem tratando o tema nos últimos tempos. Isso é particularmente importante para vermos os perigos e conseqüências que uma tal postura poderia ter no Brasil. De fato, como analisa Michel Rosenfeld, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem vivido uma virada no asseguramento do *due process*. Segundo ele, no período 1998-1999, decisões extremamente divididas da Suprema Corte apontam "*un recul de la protection des droits individuels*", isto porque, estas decisões "*ébranlent un principe essentiel du droit constitutionnel américain, considéré comme sacro-saint depuis le début du dix-neuvième siècle, à savoir qu'il est dans na nature même d'un droit constitutionnel individuel d'entraîner la possibilité de recourir à la justice s'il est violé*" (ROSENFELD, 2000:1329; no mesmo sentido BARACHO JR, 2003:328-329).

O Devido Processo em sistemas de *civil law* encontrou inicialmente campo mais profícuo no âmbito do Processo Penal (garantia ampla de defesa, princípio da inocência, valoração racional das provas, juiz natural). De maneira geral, podemos falar nessa cláusula no que tange à "garantia da justiça".

1.1.2. A Inafastabilidade da Jurisdição e o Contraditório

Permanece, outrossim, em nossa Constituição o princípio da inafastabilidade da Jurisdição. Ressalta aos olhos aqui a precisão técnica presente no supracitado inciso XXV. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a Constituição da Itália — onde o artigo 24 diz que "todos podem atuar em juízo para a defesa de seus direitos e interesses legítimos" —, nossa Constituição assegura o acesso à Justiça como um direito constitucional-processual de qualquer indivíduo que alegue possuir um direito (cf. GONÇALVES, 1992:45ss)[8], isto é, o direito de submeter um (alegado) ilícito à apreciação do Judiciário não se condiciona à existência fática de direitos subjetivos, bastando tão somente sua alegação para que qualquer pessoa receba a tutela jurisdicional do Estado.

O direito de ação é tema de fundamental importância ao se tratar não apenas da Teoria Geral do Processo, mas, a partir da mencionada constitucionalização do Processo, passa a interessar a todos os que se debruçam sobre as garantias constitucionais (cf. BARACHO, 1999a:118-119); afinal, é a possibilidade do acesso ao Judiciário que possibilita partirmos para

todas as demais conquistas da modernidade, inclusive a concretização dos Direitos Fundamentais, que, por vezes, apenas se concretizaram a partir do momento em que se garantiu aos interessados o direito/poder de interpelar judicialmente.

Por fim, de suma importância para o Processo Constitucional é a garantia do contraditório (inciso LV). "O princípio da contradição é da essência do processo civil, que pode ser definido como um debate entre duas partes" (BARACHO, 2000e:4).

Qualquer juiz ou Tribunal deve poder se colocar no lugar de cada parte, vendo a questão por ambas as perspectivas, a partir da ampla oportunidade dada as elas para não apenas apresentarem suas pretensões, mas reconstruir o "evento", que de modo algum é auto-evidente ou "objetivo". Cada parte deve ter o direito de ter *his day in Court*. É o que defende Aroldo P. Gonçalves (1992:171): "a estrutura do processo assim concebido permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem, como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e por que nasce o ato estatal que irá interferir em sua liberdade".

Esse direito constitucional de defesa está intimamente relacionado àquele direito de ação. São dois extremos da relação triádica formada entre as partes e o julgador (este acima e eqüidistante face àquelas).

1.2. As Garantias da Justiça e as Garantias os Indivíduos

O Processo Constitucional constitui-se em um instrumental indispensável à compreensão tanto das garantias dos cidadãos quanto, especificamente, da Justiça. As normas processuais não podem ser lidas sem a necessária "filtragem constitucional". Este é um ponto sobre o qual a Jurisprudência nem sempre se mantém firme, isto é, que após a promulgação da Constituição de 1988, todas as normas anteriores apenas continuam vigendo se tiverem sido recepcionadas pela Constituição; da mesma forma, todas as normas processuais editadas após, têm de estar conformes os princípios da nova Carta.

Logo, ao mesmo tempo em que a Constituição serve de fundamento para a prática processual, o processo erigi-se em instrumento indispensável à atuação das normas constitucionais. Da mesma forma, ao mesmo tempo em que os órgãos de poder estão submetidos à Justiça, esta tem de ser acessível aos governados (é o princípio do acesso à jurisdição).

Teríamos assim nas Constituições (surgidas a partir da 2ª Guerra), dois setores referentes à Justiça: as garantias constitucionais da organização jurisdicional, que tratam da independência e organização dos tribunais e os direitos constitucionais dos jurisdicionados, isto é, os direitos de acesso à prestação jurisdicional[9].

Nestas Constituições o processo aparece como uma garantia constitucional. No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), dispõe em seus arts 8º e 10º que todo homem tem direito a um recurso que o ampare contra atos que violem seus direitos protegidos pelas leis ou Constituição locais e que todos têm direito de acesso em igualdade de condições em face de um Judiciário independente e imparcial.

E ainda, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), no artigo XVIII garante a toda pessoa o direito de recorrer aos tribunais para fazer valer seus direitos e dispor de um processo acessível e breve pelo qual seja amparada pela justiça contra atos de autoridades que violem seus direitos fundamentais[10].

A propósito dos dispositivos relacionados às prerrogativas da Justiça, destaca-se o princípio do juiz natural, o que implica a necessidade da pré-constituição da ordem judiciária pela lei, instituindo a competência daquele em aplicar a Constituição e as demais normas.

Outro princípio correlacionado é o da independência do Judiciário, "corolário do princípio da separação dos poderes" (BARACHO, 1999a:93). Os juízes apenas se submetem à lei, sendo por isso livres e neutros ideologicamente no exercício de suas funções.

Ademais, suas decisões têm de ser motivadas e, em regra, publicadas, sob pena de nulidade. Essas duas exigências derivam da necessidade, num Estado Democrático de Direito, de que as decisões judiciais possam sofrer o crivo da opinião pública; de outro lado, a publicidade e a motivação são requisitos essenciais para controle da decisão por um órgão judicial de recurso. "O juiz, como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados" (BARACHO, 1999a:97).

1.3. Caráter Contraditório do Processo Constitucional. Princípios da Nova Disciplina

Há quem negue o caráter contraditório do Processo Constitucional (como Cappelletti e Carnelutti) (cf VÉSCOVI, 1975:1142).

Ao se tratar especificamente do controle de constitucionalidade, muitos há que afirmam que nas ações diretas, ter-se-ia um processo objetivo, sem partes, logo, sem contraditório propriamente dito.

Uma primeira questão a ser posta é quanto ao caráter propriamente judicial do incidente de inconstitucionalidade (seja no modelo difuso, seja em sistemas mistos de argüição de um Tribunal Superior para a Corte Constitucional, como ocorre com a Itália). Após isso, teremos de pensar se, sendo uma atividade "jurisdicional", o controle concentrado de constitucionalidade seria também realizado em contraditório.

Quanto ao primeiro problema, podemos afirmar que, na apreciação da inconstitucionalidade há uma lide, resolvida com o deslinde da questão, o juízo sobre a inconstitucionalidade da lei, para então aplicá-la ou não ao caso.

"*Creemos que la disputa sobre la validez (legitimidad) de la ley con el fin de apartala de la aplicación a un caso concreto (aun cuando luego, el efecto secundario, llamémosle, aunque sea más transcendente, sea otro [como sucede na Itália ou Alemanha]), el cual de esa manera queda resuelto, no difiere, en esencia, de cualquiera otra cuestión de derecho que se someta a la decisión de los jueces, con el fin de resolver, de este modo, una litis o conflicto de intereses*" (VÉSCOVI, 1975:1139)[11].

Quanto à segunda questão, digno de nota a observação de Aroldo P. Gonçalves segundo o qual, com base no disposto no art. 103, §3º da CF/88, não haveria dúvidas de que no Brasil o procedimento de argüição concentrada de lei se realiza em contraditório. "É, portanto, um verdadeiro processo, e não um simples procedimento, ou um 'processo de jurisdição voluntária'" (GONÇALVES, 1992:118; ver também VÉSCOVI, 1975:1147).

Logo, não é um processo diferente dos demais, um processo objetivo sem partes como defende Gilmar Mendes (1998a:312)[12].

Gostaríamos de concluir este tópico citando algumas premissas sobre as quais se assenta o Processo Constitucional e que foram assim sintetizadas:

"a) A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoa humana;

b) A lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;

c) A lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição;

d) A lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito sob pena de ser acoimada de inconstitucional;

e) Nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis" (BARACHO, 1999a:89).

2. Controle de Constitucionalidade

"O problema do conflito entre a lei fundamental do Estado, que decorre da superioridade das normas constitucionais sobre as leis ordinárias, decretos e atos administrativos que devem acomodar-se aos limites traçados pelas Constituições, e a defesa dos direitos individuais, contra os excessos dos poderes públicos, constitui tema fundamental para corrigir os diversos excessos de atuação da atividade estatal em nossos dias" (BARACHO, 1985:1)[13].

A questão sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem ocupado grande destaque nos estudos acerca do Processo Constitucional; não sem alguma estranheza para alguns processualistas clássicos em encontrar uma fórmula jurídica caracterizar o controle.

A efetivação de um controle de constitucionalidade começa — com exceção da prática jurisprudencial dos EUA — após a 1ª Guerra, face a constatação de que não bastava à Constituição o elenco de uma série de direitos se não houvesse qualquer controle sobre os atos do Legislativo (e mesmo do Executivo).

O Controle judicial de constitucionalidade no Brasil surgiu com a Constituição de 1891 (art. 59)[14] e deve seu impulso inicial à valorosa contribuição de Rui Barbosa, influenciado pelo sistema americano que então se consolidava (o famoso caso *Marbury* vs. *Madison* data de 1803 e *Dredscott vs. Sanford,* de 1857).

Segundo Rui Barbosa, considerando a hierarquia das leis, o que o Judiciário faria em caso de conflito seria apenas declarar ou indicar a solução de que a lei mais "fraca" deve ceder frente a mais "forte". É o que ocorreria nos EUA, onde seria obrigação de qualquer juiz "tratar como nullo qualquer acto legislativo inconsistente com a Constituição" (BARBOSA, 1932-34:IV:36).

Um ato legislativo é (absolutamente) nulo quando o Legislativo ou o Executivo exorbitam suas competências. Sendo assim, esse ato "não é lei, não confere direitos, nem deveres, não cria proteção nem cargos; é como se nunca houvesse existido" (BARBOSA, 1932-34:I:12). Segundo Véscovi, os EUA puderam se valer "*de un Poder Judicial cuya majestad e independencia aparecen como indiscutidos en doctrina y en el derecho positivo, la jurisprudencia, haciendo aplicación de los principios lógicos del derecho, especialmente el de no contradicción, que a su vez se sirve de otros, como el de jerarquia, ha decidido que no debía darse primacía a la ley, sino a la constitución, en caso de oposición entre ambas*" (VÉSCOVI, 1975:1130).

Vamos rapidamente repassar este sistema que foi o primeiro a pensar que a Constituição era não apenas a Lei Maior, mas também que deveria ser defendida em face de outros atos normativos.

2.1. Estados Unidos

Em matéria de controle de constitucionalidade, os Estados Unidos eram, de fato, o referencial da época, até mesmo para seus adversários, como Kelsen, ao se referir ao sistema difuso americano: "La ausencia de una decisión uniforme en torno de la questión sobre cuándo una ley es inconstitucional (...) es un gran peligro para la autoridad de la Constitución" (KELSEN, [s/d]:83)[15].

Apesar de a Constituição norte-americana não ter previsto tal competência ao Judiciário, Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte, ao decidir o caso *Marbury vs. Madison* entendeu que, ou se considerava que a Constituição era a Lei Maior e todas a as leis lhe estavam sujeitas, ou ela poderia ser alterada como qualquer lei ordinária: "*An act of Congress repugnant to the constitution is not law. When the constitution and an act of congress are in conflict, the constitution must govern the case to which both apply*".

Com Marshall assenta-se a idéia de que a Constituição não possui apenas uma supremacia política, mas também *status* de norma suprema do Direito Positivo. Antes desse caso um dos primeiros precedentes afirmando a superioridade das Constituições locais se baseou no caso *Holmes vs. Walton* em 1780, pela Corte Suprema de New Jersey — além do caso *Commonwealth vs. Caton* em 1782, pela Corte de Virgínia (cf. SNOWISS, *apud* DINIZ, 1995:112 e CAPPELLETTI, 1984:62-63).

Vale a pena frisar os pressupostos de onde Marshall pôde se fundar para criar a *judicial review*. A compreensão da Constituição como uma Lei acima das outras pode ser explicada historicamente como uma lembrança das antigas "Cartas da Coroa" impostas pela Monarquia inglesa aos colonos americanos. Estas ordenações deveriam ter primazia sobre quaisquer outras leis. Isto contribuiu, segundo Mauro Cappelletti (1984:60), para formar a tese da subordinação das leis ordinárias frente às Constituições dos Estados surgidas com a Independência destes. Neste sentido a precisa observação de José A. de Oliveira Baracho de que "a primeira Constituição que enfrentou o problema do controle de constitucionalidade, através de um órgão especificamente criado, foi a da Pennsylvania, de 1776" (BARACHO, 1985:150).

Estas Constituições expressavam o princípio da soberania popular, que legitimava, democraticamente, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Carl Friedrich (1946:218) lembra que o desenvolvimento do poder de interpretar a Constituição, concedido aos Tribunais, possuiu íntima relação com certas leituras que a teoria da separação dos poderes recebeu naquele País. Contribuiu também para a idéia de supremacia da Constituição a previsão de um procedimento especial para a reforma da mesma.

Ainda, à época da Convenção de Filadélfia (1787), do embate entre "liberais" e "federalistas", o Judiciário acabou por se beneficiar da "vitória" destes últimos, que deram grande suporte doutrinário ao Judiciário no sentido de lhe atribuir o poder de controle dos atos legislativos. No capítulo LXXVIII do "Federalista", Alexander Hamilton disserta sobre aquele. Para Hamilton, se a Constituição limita o Legislativo (*e.g.*, proibindo-lhe editar leis retroativas), logo, apenas os Tribunais podem garantir que esses limites sejam respeitados, declarando nulos os atos que lhe sejam contrários. A razão de ser dado ao Judiciário esta função está em que: "a Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental e como a interpretação das leis é função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido

da Constituição, assim, como de todos os outros atos do corpo legislativo" (HAMILTON, 1974:163).

Havendo contradição, a vontade maior do povo (refletida na Constituição) deve ser preferida à de seus agentes. Explica Hamilton que a questão não é que o Judiciário seja superior ao Legislativo, mas que o poder do povo é superior a ambos, e, se uma lei vai contra este, é dever do juiz obedecer à Constituição como lei fundamental.

Bem antes de Marshall, as origens mais remotas da doutrina da *judicial review* e da *supremacy of the judiciary*, encontram-se, na Inglaterra de James I Stuart, com as teses (bem pouco aceitas à época, é verdade) defendidas pelo Lorde Coke, que proclamava que a garantia da supremacia da *common law* contra o absolutismo do Rei ou do Parlamento era função dos juízes. Coke entrou por várias vezes em conflito com o James I, por defender que os juízes poderiam decidir se um ato do Parlamento era ou não "legal". Outro precedente sobre o papel da Constituição lembrado por Verdu é o jurista suíço Emer de Vattel (1714-1767), que defendia a Constituição contra atos do príncipe que lhe fossem contrários. Estes atos "inconstitucionais" não seriam outra coisa senão "um abuso criminal do poder que lhe é confiado" (cf. VERDÚ, 1983:33).

Chegamos então ao *Chief Justice* Marshall, que tornou a Suprema Corte e todo o Judiciário americano, guardiões perpétuos da Constituição. Sobre a importância de Marshall no Constitucionalismo americano, disse certa vez o *Justice* Cardozo: "[Marshall] *dejó en la Constitución de E.U. el sello de su proprio pensamiento, y la forma de nuestro derecho constitucional es lo que es porque él la moldeió, cuando aún era plástica y maleable, al fuego de sus proprias e intensas convicciones*" (*apud*, WOLFE, 1991:62).

Dadas estas premissas podemos voltar à decisão de *Marbury vs. Madison*. Marshall baseou sua decisão cláusula 2ª do art. 6º da Constituição Federal:

"*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding*".

A partir desses dispositivos (e de todo o pano de fundo mencionado aqui) Marshall pode então argumentar:

"*Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.*

In the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution, is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable. (...)

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? (...)

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. (...)

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature,

the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply" (1 Cranch 137, 2L. Ed. 60, 1803).

Segundo Pablo Lucas Verdú (1983:22ss), a argumentação de Marshall se estrutura, no recurso ao "direito original do povo americano", como conseqüência, os princípios aí estabelecidos seriam fundamentais e permanentes, constituindo-se em limites para os governos.

E mais, em sua decisão podemos visualizar elementos do jusracionalismo: quando usa expressões como "direito original do povo", "princípios fundamentais", "princípios permanentes", "autoridade e vontade supremas", "felicidade". Isto é, há uma clara influência da doutrina liberal anglo-francesa dos séculos XVII e XVIII (o abstracionismo francês e o empirismo-pragmático inglês). Por outro lado, Verdú também aponta a influência do iluminismo garantista (cf. VERDÚ, 1983: 25-36).

O poder dos juízes interpretarem as leis, frente à proteção das liberdades vem da tradição anglo-saxã do *common law*, que postulava que o direito comum pode prevalecer sobre os *statutes*, como normas puramente excepcionais que são, inseridas em um direito já constituído (supra).

À parte todas as influências, o certo é que foi uma demonstração sem comparações de técnica e eruditismo jurídico-constitucional. Sua importância para a teoria acerca do Controle de Constitucionalidade é imensa, é um precedente necessário para qualquer um que queira entender o funcionamento da *judicial review* americana. É uma referência, ademais, inclusive para aqueles que, a partir de Kelsen, teorizaram sobre o controle concentrado de constitucionalidade.

"La famosa sentencia en el caso Marbury v. Madison no sólo inauguró e asentó, definitivamente, la instituición técnica del judicial review, lo cual basta para acreditar su capital importancia, es, además, el emblema de un modo de razonar significativo que sirvió para fortificar la estructura federal de los Estados Unidos según el modelo socio-econômico querido por la burguesía norteamericana" (VERDÚ, 1983:25; em itálico no original)[16].

O controle se dá por via incidental (sistema de controle difuso), como já dissemos, citando Rui Barbosa, qualquer juiz está legitimado a apreciar a conformidade de lei ou outro ato normativo frente à Constituição.

Sem embargo, o controle difuso nos EUA é mais amplo do que "simplesmente" atribuir-se a competência de interpretar a Constituição aos juízes. Segundo W. F. Murphy, J. E. Fleming e W. F. Harris, "*that all public officials, state and federal, from presidents, senators, and representatives, to governors, state legislators, local district attorneys and police, may often have to interpret the Constitution*". Também os cidadãos têm "*the same rigth and obligation*" (de interpretar a Constituição), isto porque, "*when they cast their ballots candidates records and promises about how they will interpret the Constitution* (...)*, when they speak out on political issues, lobby elected representatives, or utilize other means of advocating or opposing public policies*" (*apud*, BARACHO JR., 1995:61-62).

Nessa ordem de coisas, considera-se que uma lei tida como inconstitucional nunca existiu, sendo, pois nula *ab initio*. Surgido um conflito de constitucionalidade em um caso concreto, o juiz, ao considerar inconstitucional a lei, deixa de aplicá-la pois esta possui um vício que a torna inválida desde o nascedouro, mas sua decisão apenas tem efeito entre as pessoas envolvidas naquela controvérsia específica. A lei declarada inconstitucional não é destruída, apenas vai perdendo aplicabilidade pouco

a pouco pela ação da jurisprudência (cf. TOCQUEVILLE, 1975:204[17]).

A doutrina vai mais além. Já que a lei inconstitucional é "como se nunca houvesse existido" (*as if it had never bichem*), permite-se que os cidadãos, antes mesmo da declaração judicial, se insurjam contra aquela, não podendo ser punidos por não obedecerem à mesma (cf. COOLEY, *apud*, BARACHO JR., 1995:63).

A simplicidade do controle difuso é apenas aparente, pois dizer que os efeitos são somente *inter partes* importaria reduzir em muito a engenhosidade do Sistema de Controle de Constitucionalidade daquele país. De fato, se assim o fosse, o mesmo juiz que decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei em um caso, poderia considerá-la constitucional em outro caso análogo; e ainda, alguns tribunais poderiam considerá-la inconstitucional e outros não. Essa foi inclusive uma das maiores críticas a este sistema, justamente a possibilidade de interpretações díspares diante da constitucionalidade da mesma lei.

O problema da disparidade de decisões resolve-se pelo instituto do *stare decisis*, que garante que um mesmo tribunal não venha a tomar decisões opostas e que, pelo sistema das impugnações, permite à Suprema Corte dar uma decisão definitiva e vinculante sobre a constitucionalidade da lei. Isso confere ao sistema uma "inesperada" eficácia *erga omnes*, e não simplesmente entre as partes do caso concreto.

Dessa forma, não se trata apenas da não aplicação da lei, mas de verdadeira "eliminação" (definitiva), por força do *stare decisis*, com eficácia *erga omnes* — nos termos acima — e retroativa.

Forçoso é reconhecer, todavia, que este efeito retroativo absoluto tem sido atenuado pela jurisprudência americana. Há casos em que se entende que a anulação de todas as relações jurídicas surgidas com base na lei posteriormente declarada inconstitucional pode ser tão danosa que inviabilize o sistema, não trazendo qualquer benefício. Um exemplo é o caso *Linkletter vs. Walker* (1965), em que a Suprema Corte negou aplicação da sentença para os casos anteriores definitivamente julgados que dissessem respeito à aplicação da norma processual penal considerada inconstitucional. Adverte contudo Maria Del Carmen Blasco Soto (1995:50) que o caso citado não tratou especificamente de resolver o problema dos efeitos da sentença propriamente ditos, mas de estabelecer se as normas processuais penais possuiriam a mesma natureza das substantivas, para então aplicar-se ou não a mesma regra de benefício que a declaração de inconstitucionalidade das normas penais possuem. Assim, firmou-se o entendimento segundo o qual se considera que em matéria penal devem os efeitos retroagir de forma absoluta quando, com base na lei inconstitucional, haja pessoas cumprindo pena; mas, em matéria civil (e às vezes em matéria administrava), tem-se preferido preservar certos "efeitos consolidados", como a coisa julgada, em nome da segurança jurídica.

Uma novidade que de fato transformou o tradicional controle difuso americano inspirou-se na *equity*, como meio de suprir as deficiências daquele. Trata-se da utilização de um "processo simulado" em que é solicitada uma injunção ao Judiciário para analisar a constitucionalidade de uma lei antes de a mesma entrar em vigor. Se o Judiciário a considerar inconstitucional, torna-a inaplicável (cf. FERRARI, 1992:104 e BLASCO SOTO, 1995:52).

Seja lá como for, seguindo o balanço de Enrique Véscovi sobre a prática da *judicial review* nos Estados Unidos percebe-se que, desde o seu início, a maior parte dos casos diz respeito à defesa dos Direitos Fundamentais (e particularmente

dos direitos das minorias). Dessa forma, a Suprema Corte por várias vezes se impôs a certas normas discriminatórias de alguns Estados do Sul, inclusive limitando o Executivo na deportação de estrangeiros, além de outras medidas de proteção, notadamente durante o chamado "governo dos juízes" (cf. BARACHO, 2000c; VÉSCOVI, 1975:1133 e ainda GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987:167ss).

2.2. Áustria

Após mais de 60 anos da adoção do controle difuso, o Brasil adota efetivamente uma ação visando direta e exclusivamente o controle de constitucionalidade de leis.

A inspiração foi o sistema de controle concentrado austríaco pensado e desenvolvido por Hans Kelsen (1998). Como apresenta García de Enterría (1987:5), o ponto de partida de Kelsen, era que "*la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigir-se en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema*".

O Controle de Constitucionalidade, segundo Kelsen, assume o problema relativo a como tratar da regularidade da criação do Direito, usando padrões estabelecidos pelo próprio Direito, objeto do controle. É importante notarmos a relação que Kelsen estabelece entre *Controle de Constitucionalidade* e a *democracia*, representada esta última pelos debates travados no Parlamento.

Observe-se que Kelsen já aponta para a noção de que o controle não se dá "entre lei e Constituição", mas entre a Constituição e o processo legislativo (cf. KELSEN, 1998:109)[18]. Contudo, esta apreciação não pode ser feita por qualquer cidadão, mas apenas pelo Judiciário; e mais, não por qualquer órgão do Judiciário. O controle deveria ser feito por um órgão especial (para que se evitassem decisões desiguais). Havia de fato em toda Europa Continental uma grande desconfiança sobre a possibilidade de um juiz apreciar a constitucionalidade de uma lei (na França pós-revolucionária a de um controle sobre o Legislativo foi sempre muito combatida e apenas mais tarde vai ser adotada uma forma de controle político).

Assim, considerando que à época a cúpula do Judiciário austríaco não possuía condições de impor suas decisões a Tribunais inferiores e estando a cargo de Kelsen o projeto do que veio a se tornar a Constituição austríaca de 1920, este acabou por prever a criação do primeiro Tribunal Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*), ao qual foi dada a competência de anular leis que considerasse inconstitucionais[19].

Este Tribunal era independente do Governo e do Parlamento, seus membros, contudo, eram escolhidos por este último entre renomados juristas (Kelsen mesmo o presidiu por anos).

A legitimidade para argüir da inconstitucionalidade de uma lei perante o Tribunal Constitucional, segundo esse modelo inicial, ficava restrita a algumas pessoas: o Governo Federal (sobre leis dos *Lander*) e os Governos dos *Lander* (sobre leis federais). Dessa forma, o controle visava basicamente não permitir invasões de competência entre os entes da Federação. Não cuidava de outras possíveis normas inconstitucionais que violassem, *e.g.*, direitos individuais ou coletivos.

Agindo como um "legislador negativo", as decisões do Tribunal Constitucional anulam a lei inconstitucional valendo, em princípio, para o futuro, pois a lei é

anulada, cassada (*aufhebt*). Além disso, esta decisão elaborada sem qualquer caso subjacente vale contra todos.

Com a reforma de 1929, o sistema original foi modificado, sendo incluídos entre os legitimados para propor o controle a Corte Suprema para Causas Civis e Penais (*Oberster Gerichtshof*) e a Corte Suprema para Causas Administrativas (*Verwaltungsgerichtshof*). Estas duas últimas não requereriam o controle por via direta como os dois primeiros, em que há uma ação própria para argüir da inconstitucionalidade. No caso das Cortes Supremas, o requerimento para a apreciação do Tribunal Constitucional basear-se-ia em um caso concreto, que elas tinham por decidir como instância recursal. Assim, o "sistema austríaco puro" dá lugar a um modo "misto".

O sistema austríaco não aceitava que uma lei inconstitucional fosse nula "desde o início", tal qual nos Estados Unidos, ou, como disse Kelsen, um ato não é nulo, apenas anulável, pois "no es posible caracterizar como nulo *a priori* (nulo *ab initio*) um acto que se presenta a sí mismo como un acto jurídico" (KELSEN, [s/d]:84-86; ver também 1987:300). Donde concluir-se que este tipo de sentença é sobretudo constitutiva.

A eficácia da decisão que dispõe pela inconstitucionalidade da lei começa com a data de sua publicação ou em até 1 ano da mesma, se assim decidir o Tribunal (é o processo de *Kundmachung,* art. 140, § 3º, da Constituição austríaca).

2.3. Alemanha

Pela sua peculiaridade e principalmente pela influência que tem exercido em nosso modelo de Controle de Constitucionalidade — referimo-nos mais especificamente à Ação Declaratória de Constitucionalidade e às agora consagradas em lei "interpretação conforme a Constituição" e "declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto" (lei 9.868/99, artigo 28, parágrafo único - de que trataremos mais à frente) — o sistema alemão de controle de constitucionalidade merece um estudo à parte. Foi nesse sentido que escreveu L. Carter, "o exercício dessa competência, passados mais de quarenta anos, por um lado, revelou uma mudança do papel da jurisdição constitucional (alemã) e, por outro, mostrou o Tribunal Constitucional Federal também como um fator de desenvolvimento dos princípios constitucionais" (CARTER, *apud* BARACHO, 1999a:102)[20].

A Constituição de Weimar, resultado de uma série de acordos entre várias forças sociais e políticas, foi palco de discussões exaustivas quanto ao controle de constitucionalidade. Havia dúvidas "acerca das condições do controle jurisdicional sobre a constitucionalidade formal, a título de incidente, mencionando-se as dúvidas referentes às condições sobre a constitucionalidade material das leis" (BARACHO, 1999a:102). De fato, no plano teórico, Anschütz, Thoma, Radbruch e Jellinek eram contra a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade, enquanto que Triepel, Nawinsky e Preuβ diziam que a Constituição deixara ao legislador a possibilidade de atentar contra a mesma, daí a necessidade do controle. Mesmo entre os que eram a favor, não havia consenso sobre se o controle deveria ser apenas formal ou se poderia alcançar os direitos fundamentais, consagrados na Constituição (cf. DINIZ, 1995:136). Segundo Márcio Diniz, dado o ambiente de discussões e incertezas, o Controle de Constitucionalidade não pôde se desenvolver. Não obstante, foram criados tribunais específicos para o controle de normas durante essa época (como

mostraremos à frente), ainda que se possa admitir, em concordância com o autor, que o controle de fato foi pouco exercido (cf. DINIZ, 1995:134).

De toda sorte, através de uma lei federal, datada de julho de 1921, é criado o Tribunal Federal (o *Reichsgericht*), com sede em Leipzig. A competência desse Tribunal abrangia: os conflitos constitucionais no interior dos *Lander* (com legitimação ampla para propor a ação, abrangendo inclusive o cidadão); conflitos de natureza "não-jurídico-privada" entre o Reich e um *Lander* e entre os *Lander*; acusação contra Ministro e o exame judicial abstrato em caso de dúvidas e controvérsias — sobre a diferença entre "dúvida" e "controvérsia", cf. Gilmar Mendes (1998a:94-95) —, quanto à constitucionalidade do direito estatal que o órgão competente da União ou do Estado considerassem relevantes (art. 13, II da Constituição de Weimar).

Segundo a lei que regulamentou o processo, as decisões do *Reichsgericht* e do Tribunal da Fazenda (que decidia sobre leis tributárias estaduais) tinham "força de lei" e, além de possuírem eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, valiam (segundo a opinião de alguns como Anshütz e Jellinek) como uma "interpretação autêntica" da Constituição (cf. MENDES, 1998a:447).

Após a 2ª Guerra reuniu-se em Herrenchiemsee o "Congresso Constituinte" com o objetivo de elaborar um projeto para a nova Constituição. Desde essa época fora prevista a criação de um Tribunal Constitucional Federal que seria o "guarda da Constituição". Este novo Tribunal, o *Bundesverfassungsgericht*, foi previsto na Lei Fundamental nos artigos 93 e 94, e regulamentado pela lei publicada em 16 de abril de 1951, sendo sua sede a cidade de Karlsruhe. Como observa José A. de Oliveira Baracho, apenas com a Lei Fundamental de Bonn, "surge a oportunidade de uma jurisdição guardiã da Constituição" (BARACHO, 1999a:102; cf. também HECK, 1995:101).

No ano seguinte este Tribunal afirmou seu *status* constitucional através do "Memorial do Tribunal Constitucional Federal. A posição do Tribunal Constitucional Federal", que foi enviado a todos os órgãos federais superiores. Firma-se, a partir daí, como órgão ao nível do Governo e do *Bundesrat*; ao mesmo tempo, está à margem da estrutura dos demais órgãos judiciais; possuindo ainda autonomia administrativa.

2.3.1**.** Dos vários controles na Alemanha de hoje

Seguindo o artigo 93 e segs. da Lei Fundamental, que trazem a competência do Tribunal Constitucional, poderemos visualizar os vários tipos de controle (*lato sensu*):

1. Conflitos entre órgãos estatais: o art. 93, I, n. 1 trata do conflito entre órgãos estatais (Presidente, Parlamento, Conselho, Governo Federal e partidos políticos) sobre a extensão dos direitos e deveres conferidos pela Lei Fundamental; o art. 93, I, n. 3 e 4 dos conflitos federativos sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, principalmente sobre a execução do direito federal pelos Estados e intervenção federal;

2. Controle abstrato de normas: de acordo com o art. 93, I, n. 2 o controle abstrato de normas ocorre em caso de "dúvida ou controvérsia" sobre a compatibilidade do direito federal (ou estadual) com a Lei Fundamental, ou sobre a compatibilidade do direito estadual com disposições do direito federal. Possuem legitimidade para instaurar o processo, o Governo Federal, o Governo de qualquer Lander e um terço do Parlamento Federal[21];

3. Controle concreto de normas: além do controle abstrato, prevê-se também um

controle concreto (de "verificação" das normas): qualquer juiz ou tribunal pode em um caso concreto e diante de uma lei que considere contrária à Constituição, submeter a questão à Corte Constitucional; o processo "principal" fica suspenso até que aquele incidente seja decidido (art. 100, § 1º da Lei Fundamental). O fim de tal controle é concentrar o exame relativo ao legislador federal nas mãos de um só órgão;

4. Recurso constitucional: por último, temos o Recurso Constitucional Individual e Comunal (art. 93, I, 4a e 4b). O recurso constitucional tem sido um dos instrumentos mais importantes da jurisdição constitucional alemã. De 1951 até o ano de 1993, das 77.183 sentenças do Tribunal Constitucional Federal, mais de 98% foram decidindo recursos constitucionais (cf. HECK, 1995:118 e 140; ver também CAPPELLETTI, 1984:110). É o Recurso Constitucional que confere uma face popular ao Tribunal Constitucional. Além da proteção aos direitos fundamentais, exerce também a função de proteger e promover o desenvolvimento do Direito Constitucional.

O requerente terá de provar sua condição de titular de um direito que foi violado e ainda apenas poderá intentar o Recurso Constitucional após esgotar todas as vias judiciais (§ 90 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*).

O recurso constitucional comunal é promovido pelos municípios ou união de municípios contra leis que firam sua autonomia administrativa (art. 28, II, da Lei Fundamental).

2.3.2. As várias sentenças do *Bundesverfassungsgericht*

As sentenças — seja qual for o tipo de controle (*lato sensu*) — são definidas pelo objetivo visado e não pelo tipo de processo.

Nos processos de controle de normas propriamente ditos, têm as decisões a mesma natureza, independentemente de se tratar de controle abstrato, concreto ou de processo de recurso constitucional. E, como observa Gilmar F. Mendes, "em nenhum sistema de controle de normas (...) logra-se identificar formas de decisão tão variadas como as desenvolvidas pela Corte Constitucional" (MENDES, 1998a:189).

Seguindo o esquema proposto pelo autor, temos:

A. Declaração de Nulidade (nos controles abstrato, concreto ou de recurso constitucional): segue a fórmula tradicional, ou seja, a lei é inconstitucional, e por isso, nula (*ex tunc* e *ab initio*). Apesar de não constar de forma clara nem na Lei Fundamental e nem na lei orgânica do Tribunal Constitucional, é adotada pela doutrina dominante. A declaração de nulidade pode ser parcial, e nesse sentido desdobra-se em:

Declaração parcial de nulidade "quantitativa": a mais comum, já que raramente toda a lei é inconstitucional. O que ocorre muitas vezes é que certas partes da lei devem ser eliminadas. Do que fica, deve o Tribunal ponderar se ainda a lei é viável, procurando, dentro do possível, conhecer da vontade do legislador.

Declaração parcial de nulidade "qualitativa" (sem redução do texto); refere-se a casos não mencionados expressamente no texto da lei impugnada, que por estar formulada de forma genérica, contém "um complexo de normas". Esta declaração assumiu grande importância no sistema alemão. Para designá-la geralmente o Tribunal Constitucional vale-se da expressão "desde que" (*soweit*): a norma em apreço é constitucional, desde que se entendam determinadas disposições em certo sentido tido como constitucional.

B. Interpretação conforme a Constituição: o Tribunal Constitucional declara qual das possíveis interpretações se revela

compatível com a Lei Fundamental, buscando com isso "negar o formalismo em nome da idéia de justiça material e segurança jurídica". Apóia-se ainda no princípio da unidade da ordem jurídica; na presunção de constitucionalidade das normas e na supremacia do legislador como concretizador da Constituição. O Tribunal Constitucional não pode alterar o conteúdo da norma, apesar de, na prática, tê-lo feito em alguns casos (cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987).

C. Apelo ao Legislador (*Appellentscheidung*): quando a Corte decide que a norma "não é ainda inconstitucional", ela chama o legislador para que corrija ou adapte a mesma. Isto pode ocorrer porque houve mudanças das relações jurídicas ou fáticas; devido a omissões do legislador (que, segundo a Lei Fundamental, tem o "dever" de legislar); e ainda por falta de evidência da ofensa constitucional.

D. Declaração de nulidade sem pronúncia de nulidade: a teoria da declaração de nulidade/anulabilidade é eficaz quando há ofensa a direitos fundamentais, mas quando o que existe é uma omissão do legislador ou uma norma que beneficia apenas a alguns, contrariando o princípio da igualdade (o que é também uma omissão, só que parcial), o Tribunal Constitucional tem declarado a inconstitucionalidade sem anular a lei; isto porque, no primeiro caso, não se pode declarar nula a lacuna e no segundo, cassar a lei não trará o benefício aos outros que também têm direito. Assim, o Tribunal Constitucional, obriga o legislador a fazer leis, suspende a aplicação da lei inconstitucional, ou permite que a mesma permaneça sendo aplicada provisoriamente (cf. MENDES, 1998a:195-200).

2.4. Brasil

Mostramos aquelas que foram as matrizes para a construção do nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Faz-se mister procedermos a um breve histórico do desenvolvimento do nosso sistema de controle de constitucionalidade, mostrando mais detalhadamente seu surgimento e desenvolvimento (dada a contribuição trazida com a inserção daqueles), para então podermos concluir se é certo falarmos em uma "tradição" brasileira de controle de constitucionalidade e se afinal o controle difuso atende melhor aos reclamos de uma democracia que se quer participativa.

Falamos da Constituição de 1891 e da importância de Rui Barbosa e de suas principais idéias. Rui Barbosa foi o grande responsável não apenas pela recepção do sistema americano entre nós, mas também possui grande importância nesses primeiros anos da República, influenciando decisivamente os juristas da época.

Sua defesa das liberdades individuais é digna de nota; principalmente porque nas várias oportunidades em que atuou como advogado no Supremo Tribunal Federal, insistia em fixar e defender as competências daquele Tribunal, que não haviam restado tão claras com a Constituição e que sofria ainda da pressão do Executivo da época; exemplo disso pode ser encontrado no *Habeas Corpus* n. 300, a favor de pessoas desterradas em virtude de estado de sítio declarado em 1892:

"os casos, que, se por um lado toda a interesses políticos, por outro, envolvem *direitos individuais*, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo [...]. Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça. Quebrada a égide judiciária do direito individual, todos os direitos desaparecem, todas as autoridades se subvertem, a própria legislatura esfacela-se nas mãos da violência; só uma realidade subsiste: a oni-

potência do executivo, que a vós mesmos vos devorará, se vos desarmardes da vossa competência incontestável em todas as questões concernentes à liberdade" (citado por BARACHO JR., 2003:331-332).

Assim é que, por mais de meio século, teve-se como "natural" não só o controle de constitucionalidade exercido incidentemente por todos os juízes, como também a carga ideológica inerente e que pode ser resumida no "dogma da nulidade", de que trataremos mais à frente. No Brasil — bem como na Argentina, Colômbia, México, Panamá, Nicarágua, Peru e Paraguai — se desenvolveu inicialmente,

"la facultad de declarar inaplicables las leys por inconstitucionales, dentro del Poder Judicial [ainda que tal faculdade não estivesse expressa nas respectivas Constituições]. (...) Si bien se adimite que la función del órgano jurisdiccional, representa un control de la actividad legislativa, esa no es la esencia del instituto, como puede sostenerse en algunos países de Europa sino simplemente el normal ejercicio de la actividad del Poder Judicial con amplísimas facultades para aplicar la ley al caso concreto y anular toda clase de actos que se opongan a los jurídicamente válidos (VÉSCOVI, 1975:1133).

As Constituições posteriores foram aos poucos retirando a "pureza" deste sistema de controle difuso. A Constituição de 1934 mantém a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucionais atos normativos, mas inova ao atribuir ao Senado a competência de suspender discricionariamente a eficácia da lei declarada inconstitucional em última instância pelo Supremo Tribunal Federal (art. 91, IV).

A possibilidade de a questão chegar ao Supremo Tribunal Federal minimizaria o risco de haver decisões contraditórias a respeito da constitucionalidade de uma mesma lei. Somado à possibilidade de suspensão pelo Senado, criou-se um mecanismo de atribuição de eficácia *erga omnes*. Procurava-se suprir a necessidade de tornar geral o efeito de uma decisão que, até então, cuidava apenas de resolver um caso concreto (nos EUA, como já se disse, não havia tal problema devido ao instituto do *stare decisis*). Com isso nosso sistema ganha novas proporções, passando suas decisões a ter efeitos *erga omnes*. Disposição semelhante encontra-se na atual Constituição: art. 102, III (que cuida do Recurso Extraordinário) e art. 52, X (que mantém a possibilidade do Senado suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional em sede de Recurso Extraordinário).

A Constituição autoritária de 1937 retrocede no desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, violando a força da coisa julgada ao criar a possibilidade de que decreto legislativo suspendesse uma decisão judicial que declarou inconstitucional um ato normativo (art. 96). O Presidente (com o uso dos Decretos-lei) acabou por exercer tal prerrogativa. Francisco Campos defendia essa disposição, levantando um pretenso "caráter antidemocrático da jurisdição" que permitiria o uso do controle de constitucionalidade como instrumento "aristocrático" de preservação do poder (CAMPOS, citado por MENDES, 1998a:30).

A Constituição de 1946, ao tratar da intervenção da União nos Estados, aperfeiçoa o sistema já existente na Constituição de 1934 (ação direta de inconstitucionalidade interventiva), ou seja, agora o Supremo Tribunal Federal não se pronunciaria previamente sobre a constitucionalidade da lei de intervenção, mas sobre o ato estadual violador, antes que a intervenção ocorresse (art. 7º, VII, regulamentado pela lei 2.271/54).

Apenas na década de 60, numa época em que a Europa criava ou (re)colocava

em funcionamento suas Cortes Constitucionais de controle concentrado, como a da Itália em 1956, é que viríamos somar, no Brasil, o controle concentrado ao difuso. Foi através da Emenda Constitucional nº 16/65, onde ficou prevista uma ação especial para defesa "em tese" da Constituição: a Representação de Inconstitucionalidade. Apenas o Procurador-geral da República tinha legitimidade para propô-la.

Esta Emenda, cujo objetivo, segundo sua Exposição de Motivos, era alcançar maior economia processual pela decisão direta do Supremo Tribunal Federal, deu nova redação ao artigo 101 da Constituição de 1946, passando o mesmo a dispor que o Procurador-geral poderia representar ao Supremo Tribunal Federal quando leis/atos estaduais ou federais colidissem com os princípios do art. 7º, VII, da Constituição. Desde então surgiu grande debate doutrinário sobre se o Procurador-geral teria discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade de propor a ação, ao ser interpelado por terceiro, ou se ele estaria vinculado à requisição, já que não defenderia interesses próprios, mas alheios (cf. FERRARI, 1992:126). Desde já adiantamos que com a Constituição de 88, que alargou a legitimidade ativa da ADIn, o debate parece prejudicado, ou seja, como há várias entidades podem propor a ação, o máximo que o Procurador-geral poderia fazer é "opinar" contrariamente — art. 103, § 1º. A discussão apenas teria lugar quando o pedido fosse feito por terceiro não legitimado.

A Constituição de 1967 alarga formalmente o alcance do controle de constitucionalidade, porque, enquanto a Constituição de 1946 falava em proteção contra ofensa aos "princípios constitucionais", a Constituição autoritária estende a possibilidade de Representação contra lei que fosse de encontro a quaisquer disposições constitucionais. No entanto, apesar de constar do texto da Constituição, sabe-se que o respeito àquela não foi a maior preocupação dos dirigentes do País no período. A profusão dos Decretos-lei e Atos Institucionais, violando direitos e garantias individuais e coletivos, poucas vezes encontrou no Judiciário a necessária barreira.

A Constituição de 1988, como já tivemos oportunidade de frisar, manteve o sistema de controle difuso e, quanto ao concentrado, foram criadas novas ações: a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade (esta última introduzida pela EC. 3/93), e a ação de descumprimento de preceito fundamental (regulamentada pela lei 9.882 de 13 de dezembro de 1999). Além disso, a ADIN mereceu atenção especial, principalmente no tocante à legitimidade *ad causam* — basta vermos o longo rol do artigo 103.

O Supremo Tribunal Federal acumula a posição de órgão revisor (em casos excepcionais) e exerce, por via principal, o controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos. A introdução do sistema concentrado no Brasil não ocorreu sem problemas (infra).

Ocorre que, devido ao já consolidado "dogma da nulidade da lei inconstitucional"[22], de matriz americana, e devido à omissão do constituinte ao não estabelecer quais seriam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência e a doutrina, acabaram por somar à já consagrada eficácia *erga omnes* da decisão em tese, o efeito *ex tunc*, próprio do controle difuso, ao argumento de que uma lei declarada inconstitucional já surge inconstitucional *ab ovo*.

Mas essa não era a opinião dominante a princípio. Apenas na década de 70 é que o STF passou a se considerar competente para anular com eficácia *ex tunc*

as leis consideradas inconstitucionais em sede de controle concentrado, sem necessidade da intervenção do Senado. Segundo Gilmar F. Mendes (1998a:251-252), a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal nestes casos apenas se firmou na jurisprudência a partir de 1977, quando o Presidente do STF, o Min. Thompson Flores dispensou da comunicação ao Senado as representações de inconstitucionalidade. Antes se confundia a decisão sobre representação de inconstitucionalidade e a interventiva, entendendo-se que em ambas seria necessário submeter ao Senado a sentença para que valesse contra todos. Em 1976, por exemplo, podemos encontrar os Ministros Thompson Flores, de um lado, e Eloy da Rocha, de outro, discutindo tal questão, sendo que o primeiro defendia a dupla competência do Supremo Tribunal Federal: declarar e "suspender" a lei inconstitucional (RTJ 76/346).

Surge assim controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre se e em que medida é válida a afirmação da nulidade total da norma inconstitucional. Se afirmarmos que a norma já nasce inconstitucional e que o Supremo Tribunal Federal simplesmente "declara" o vício, isto implica que todas as relações jurídicas constituídas sob aquela lei vão ser tidas como nulas, o que geraria grande insegurança jurídica e violaria a boa-fé de pessoas que, fundadas na presunção de validade de todas as normas, agiram conforme a lei inconstitucional.

Por outro lado, ao se defender que a decisão deva apenas produzir efeitos após sua publicação, garantem-se os princípios da segurança jurídica e da não-surpresa, mas consolida-se também a validade de uma lei inconstitucional sobre certo período, o que é o mesmo que inverter a supremacia constitucional temporariamente (nem é preciso lembrar o quão importante é para nosso ordenamento a hierarquia da Constituição; é com base em tal hierarquia que existe o próprio controle de constitucionalidade).

Podemos, pois, observar que o sistema de controle difuso já estava consolidado entre nós quando da adoção gradual de formas de ação direta. Nesse sentido a lição de José A. de Oliveira Baracho Jr. (1995:30): "esta adoção paulatina do sistema concentrado de controle de constitucionalidade ocorreu paralelamente a um sistema difuso que se consolidava já no início do século".

Dessa forma foi possível que, no Brasil, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade pudesse adotar, o efeito *ex tunc* (próprio do sistema difuso, como vimos) para suas decisões ao lado da eficácia *erga omnes*. Mas como isso foi construído pela doutrina e pela jurisprudência? É o que vamos procurar desenhar, fazendo um breve levantamento de alguns autores e algumas decisões centrais à configuração desse que se tornou o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Comecemos então por Alfredo Buzaid: qualquer lei contrária à Constituição é absolutamente nula, não anulável, pois, "a eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade" (BUZAID, 1958:132-137). Mesmo uma sentença transitada em julgado não poderia prevalecer, seria passível de ação rescisória.

Na esteira de tal entendimento, encontram-se autores como Ronaldo Poletti (1985:114) que, após apresentar a teoria discrepante, volta-se à corrente tradicional, em nome da necessidade de se evitar que se sofram "prejuízos" na lógica jurídica e "subversão do sistema".

Também a eles se inclina Themístocles Cavalcanti. De notar, porém, que sob um ponto de vista já um pouco distancia-

do do tradicional, Cavalcanti procura um fundamento mais sólido para a nulidade absoluta. Segundo o jurista, avaliar a constitucionalidade de uma lei não é apreciar se há confronto entre duas leis — afinal, se a "lei" inconstitucional não é, como dizem, lei, não há como aceitar que o fundamento do controle esteja na superioridade da Constituição, já que não há como confrontar realidade e aparência — é sim "indagar se um ato do Poder Legislativo, que se oferece como lei, tem, de fato, êste caráter". Logo, se se declara que o ato é inconstitucional, isto é porque ele na verdade não era uma lei (cf. CAVALCANTI, 1966:168) — mais recentemente, Clèmerson Clève, tem defendido que a retroatividade hoje seria pacífica, sendo que a nulidade da lei inconstitucional inserir-se-ia no ordenamento como um "princípio constitucional implícito" (CLÈVE, 1995:165).

Na Jurisprudência do STF a corrente predominante é a acima exposta, e hoje, praticamente pacífica — pelo menos antes da lei 9.868/99. Selecionamos algumas decisões que nos dão a dimensão do quão sólido é (ou era) o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da nulidade absoluta. Na Representação de Inconstitucionalidade (Rp) nº 933-RJ, decidida em 1976, votou o Min. Xavier de Albuquerque, consagrando a doutrina clássica: "as normas serão tidas por inconstitucionais, com o que não se haverão constituído direitos de nenhuma espécie com base nelas. Se atos administrativos houveram sido praticados, poderão ser desfeitos, porque fundados em lei declarada inconstitucional" (RTJ 76/346; no mesmo sentido RTJ 95/999 e RTJ 97/1369).

O STF parece não ter dúvidas quanto à eficácia *ex tunc*: "o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido, por exemplo, de que o ato inconstitucional é nulo", o que leva o Min. Velloso a afirmar que "a lei inconstitucional não tem eficácia derrogatória", e mesmo as sentenças ditadas com base naquela lei, podem ser rescindidas (VELLOSO, 1996:794)[23]. E, de fato, é o que podemos constatar da ADIn - 652-MA (DJU 02/04/93, p. 5615), que mostra bem o que tem significado tal teoria no controle de constitucionalidade brasileiro. Assim votou o Relator, Ministro Celso de Mello:

"Atos inconstitucionais são (...) *nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica*. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, heis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito" (grifos nossos).

Apesar do que afirmamos e mostramos, isto é, que predomina no Brasil a eficácia *ex tunc* da sentença que declara a inconstitucionalidade, houve e há vozes contrárias na doutrina e no Pretório Excelso. No campo dogmático, a posição possivelmente mais radical é a defendida por Egas D. Moniz de Aragão. O Prof. da UFPR critica A. Buzaid porque este teria confundido "nulidade" e "existência" da norma: como pode uma norma inconstitucional ser inexistente, mas ao mesmo tempo depender que o Judiciário declare a inexistência? Possuindo a norma o vício da inconstitucionalidade (e não de nulidade, própria do direito privado) e sendo necessária a suspensão pelo Senado, "decorre desse princípio que a decretação da inconstitucionalidade opera 'ex nunc' e válidos são os atos praticados na vigência da lei, enquanto não impugnados e admitida a procedência da impugnação [pelo Senado]" (ARAGÃO, 1961:365).

Em sentido convergente, Pontes de Miranda, criticando os que dizem ter a sentença sobre inconstitucionalidade natureza declaratória, afirma que, para que tal ocorresse, seria preciso que a lei não existisse. Nesse caso o Tribunal simplesmente diria: "a lei não existe". Mas o que na verdade ocorre é que a lei inconstitucional é, e não só isso, ela é lei. Não chega, contudo, a falar em anulabilidade, ao contrário, diz que a lei inconstitucional é nula. E conclui afirmando que a sentença que nega a inconstitucionalidade de uma lei é declaratória, mas a que a afirma, é desconstitutiva (cf. PONTES DE MIRANDA, 1953:295).

Sem chegar a tal extremo, Lúcio Bittencourt, criticando a equiparação entre "nulidade" e "inconstitucionalidade", afirmava que a adoção da doutrina americana não contribuiu para que se desenvolvesse uma "teoria da nulidade da lei inconstitucional". Os defensores brasileiros da total anulação da norma inconstitucional também não conseguiram "apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão", se limitando a repetir a doutrina e jurisprudência americanas "sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento" (BITTENCOURT, 1997:140-141).

Mesmo nos EUA, como vimos acima, não se tem feito aplicação absoluta do efeito *ex tunc*, principalmente quando de boa-fé os indivíduos agem segundo a lei inconstitucional. Apesar da mudança lá, continuou (e continua) nossa jurisprudência a afirmar o já superado "dogma da nulidade". Esquece-se nossa Corte Suprema que o Ministro Leitão de Abreu, naquele mesmo Tribunal há muitos anos, já apontava essa mudança. De fato a voz isolada do Ministro Leitão de Abreu soou durante bom tempo no Supremo Tribunal Federal.

"Se me afigura, também, o entendimento de que não se deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos" (RE 79343 – RTJ 82/791).

Com base na Teoria Geral do Direito e do Estado de Hans Kelsen, ele admite que a decisão possa ter efeitos retroativos, mas ainda assim, a sentença não diz que a lei é nula, mas estabelece que ela está sendo anulada com efeitos retroativos. Soma a seus argumentos a boa-fé do que agiu na crença de ser regular a norma, principalmente quando, por tais atos foram estabelecidas relações entre o particular e o Estado e a declaração de inconstitucionalidade venha desfavorecer àquele (cf. o voto dado no supracitado RE 79343).

Na atualidade defende tal posição, entre outros, Márcio Diniz, partindo de um pressuposto similar ao de Themístocles Cavalcanti: para que a norma seja passível do juízo de inconstitucionalidade, deve ter primeiro existido (não é possível reduzir nulidade à inexistência, sob pena de a ação ficar sem objeto), mas ele chega a conclusões bem diferentes, pois conclui que então a natureza da sentença que declara a inconstitucionalidade seria constitutivo-negativa, independente de seu alcance no tempo (cf. DINIZ, 1995:39-40).

Regina M. Nery Ferrari (1992:49ss) fez um grande estudo sobre a questão. Antes de falar especificamente sobre os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, procura mostrar outras questões de fundo, entre elas, a questão da retroatividade ou não das leis; isto é, deve a nova norma que substitui a declarada inconstitucional retroagir para alcançar as relações jurídicas abrangidas pela norma inconstitucional? A autora resgata várias teorias sobre a irretroatividade da lei, desde a Constituição americana (que proíbe leis *ex post facto*) (cf. FERRARI, 1992:56-72) e conclui que se a irretroatividade é um princípio constitucional geral, tem de ser

respeitado pelo legislador ordinário. Nesse sentido lembra que na Constituição de 1988 há pelo menos uma referência ao princípio da irretroatividade o art. 5º, XXXVI. Logo, se estes são os únicos empecilhos que a Constituição impõe à retroatividade, forçoso é concluir que situações outras que não os envolvessem poderiam ser abrangidas pela nova lei. Isso significa que — conclui — jurista — no plano do controle de constitucionalidade, considerando que durante a vigência da lei inconstitucional,

"direitos foram criados, litígios foram resolvidos com base em uma lei que era válida, e, portanto obrigatória [não há como admitir uma nulidade absoluta, pois], (...) admitir que esta declaração viesse estender seus efeitos ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma agora reconhecida como inconstitucional seria proporcionar a insegurança jurídica, a instabilidade do direito, pois não estaríamos nunca em condição de apreciar se um ato lícito quando realizado ou um contrato válido quando celebrado conservaria tal característica no futuro" (FERRARI, 1992:77).

Quanto à dicotomia "nulo vs. anulável", Regina Nery não acredita que a teoria das nulidades seja aplicável à sentença que declara a inconstitucionalidade; segundo a jurista, o que há em sede de controle de constitucionalidade é um outro "grau": o "grau de inconstitucionalidade".

Dessa forma, ao invés de ficar discutindo se há nulidade absoluta ou relativa, entende que este critério do Direito Privado não serve ao Direito Constitucional, pois quando um órgão declara que certa norma possui o vício de não ser conforme a Constituição — sendo, pois inválida —, ele lhe impõe a sanção de inconstitucional; não cabendo, discutir se há nulidade absoluta ou relativa, porque tal norma "padece de um só nível de invalidade, isto é, de inconstitucionalidade" (cf. FERRARI, 1992:86; em sentido semelhante, ARAGÃO, 1961:365). A sentença sobre inconstitucionalidade teria natureza constitutiva e retroativa.

Falar-se de nulidade de pleno direito, como quer a doutrina dominante, não faz, pois sentido, a anulação sempre provém de pronunciamento do órgão competente[24].

Além dos já citados, que, como se pôde perceber exerceram (e ainda exercem) influência sobre a formação de nosso sistema de controle judicial de constitucionalidade, é necessário destacar o trabalho de Gilmar Ferreira Mendes, cujas idéias têm inspirado vários doutrinadores, além das recentes inovações legislativas (a EC 3/93 e as leis 9.868/99 e 9.882/99).

De fato, nos últimos anos o sistema tem sofrido algumas modificações no Brasil, influenciado pelo complexo sistema alemão — onde, como dissemos supra, o Tribunal Constitucional, devido ao silêncio da Constituição sobre os efeitos, criou uma série de tipos de decisões que pudessem racionalizar e amenizar a aplicação ilimitada da retroatividade das sentenças que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo — Gilmar F. Mendes fez um estudo comparado entre os Tribunais Alemão e Brasileiro, procurando mostrar que alguns daqueles novos modelos de sentenças do *Bundesverfassungsgericht* já eram, desde já algum tempo, proferidas no Brasil e que o Supremo Tribunal Federal, tal qual o Tribunal Constitucional alemão, diante do silêncio constitucional, para além de ficar eternamente naquela discussão histórica, procurou inovar o alcance de suas decisões em sede de controle concentrado (cf. MENDES, 1998a:262ss).

Considerações Finais: a Proteção aos Direitos Fundamentais e a Natureza da Sentença Constitucional

Após estudarmos as origens do Processo Constitucional, suas relações íntimas

com a Teoria Geral do Processo e com o constitucionalismo em geral; mostramos como a origem dessa disciplina vem suprir a lacuna gerada pela constitucionalização do processo, o que forçou a uma releitura nem sempre bem percebida pelos juristas. Mostramos os desenvolvimentos doutrinários produzidos nessa nova disciplina, passando por Fix-Zamudio, Véscovi, Pablo Verdú e José A. O. Baracho; que puderam nos dar a dimensão dos desafios postos e as teorias que se debruçam a formar uma doutrina constitucional-processual sólida e constitucionalmente adequada a um Estado Democrático de Direito.

O Controle de Constitucionalidade, por outro lado, como um dos principais capítulos do Processo Constitucional, foi reconstruído aqui desde suas origens nos Estados Unidos e Áustria. Vimos os pressupostos teoréticos e culturais auxiliaram o Juiz Marshall a afirmar a superioridade da Constituição americana sobre quaisquer outros atos normativos; a partir disso, pudemos entender melhor os argumentos desenvolvidos por aquele ao decidir o famoso caso *Marubury* vs. *Madison*.

Estudamos os trabalhos de Kelsen sobre o sistema de controle concentrado das leis e a criação na Áustria do Tribunal Constitucional, inspirado nas idéias daquele e que acabou por se tornar modelo para a maioria dos países da Europa e boa parte do mundo.

Vimos o surgimento e os grandes desdobramentos do Controle de Constitucionalidade na Alemanha, a ponto de as criações de seu Tribunal Constitucional influenciarem vários países atualmente, entre eles o Brasil (Ação Declaratória de Constitucionalidade, efeitos vinculantes nas decisões em sede de controle concentrado, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; interpretação conforme a Constituição, e outros institutos).

Repassamos as principais formas de controle judicial de constitucionalidade, desde o surgimento do sistema de controle difuso nos EUA, passando pelo controle austríaco, concentrado, e também pelo controle alemão, com suas especificidades. Observamos que o controle difuso influenciou nossa primeira Constituição Republicana, com Ruy Barbosa à frente; que a partir de então o Brasil consolidou o poder geral de qualquer juiz de apreciar a inconstitucionalidade quando requerido como um princípio de nosso direito, e o efeito *ex tunc* (e *inter partes*) da respectiva decisão.

Mostramos como todo esse arcabouço moldou a construção de um sistema de controle de constitucionalidade propriamente brasileiro e que aos poucos fomos adotando elementos tipicamente de controle concentrado até que em 1965 adotamos uma "ação direta". Por fim, a Constituição de 1988 (e as Emendas que lhe sucederam) expressamente coloca o Supremo Tribunal Federal como o Guardião da Constituição, dando-lhe competências precipuamente relacionadas com a Constituição e o controle de constitucionalidade.

Se por um lado permaneceu como órgão recursal extraordinário em matéria de alegação incidental de inconstitucionalidade, por outro se fortaleceu como órgão exclusivo de julgamento de ações diretas questionando a inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) de normas federais e estaduais, além do questionamento de descumprimento de preceitos fundamentais.

Falta-nos, contudo, a partir da constatação da formulação da nova disciplina, de sua importância e de seus desenvolvimentos *in casu* pelo Controle de Constitucionalidade, mostrar como todos esses institutos podem ser úteis em um Estado Democrático de Direito na defesa dos Direitos Fundamentais e, a partir disso, qual a natureza da sentença constitucional.

"O Constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-los pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional" (BARACHO, 199a:124; ver também 1980-82:65). É a omnipresença dos Direitos Fundamentais em face de toda a jurisdição, trabalhada, por exemplo, pelo Tribunal Constitucional Alemão.

Como já esboçado anteriormente, contudo, a simples declaração de direitos não é suficiente. Por isso, a necessidade de institutos de defesa dos Direitos Fundamentais; pois, como observa Alexy (1999:63), "Constituições modernas dão aos direitos fundamentais em gera, por conseguinte, a força de concretização suprema e quando elas não o fazem deveriam ou ser interpretadas neste sentido ou, quando isso não fosse possível, modificadas".

Dessa forma, necessariamente, o processo deixa de ser apenas instrumento de aplicação do direito material em caso de violação, para ser encarado a partir da proteção e realização da Constituição.

A despeito dessa nova compreensão, José A. de Oliveira Baracho (1999a:129) alerta que alguns estudos de processo constitucional não tratam de certas peculiaridades especificamente processuais deste. De fato, no tange ao Controle de Constitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade não é só afirmar a congruência do ordenamento, implica também verificarmos como ficam as relações jurídicas realizadas sob a lei inconstitucional e, se o controle é difuso, há também a solução do caso concreto.

No que tange ao âmbito processual da questão, gostaríamos de acrescentar, com Maria del Carmen Blasco Soto, que todas as doutrinas anteriores, que tentaram explicar a natureza da sentença constitucional, viam a mesma como um "ato normativo", isto é, determinavam a natureza da sentença a partir de seu objeto (a lei), retirando dela até mesmo seu caráter processual. A sentença que declara a inconstitucionalidade é "ato final de um processo, e a desconstituição da lei não se dá pelo método usual da revogação, que é próprio da ação do PODER LEGISLATIVO, mas pelo PODER JUDICIÁRIO, no exercício de sua função jurisdicional" (GONÇALVES, 1993:116; cf. também BLASCO SOTO, 1995:37-45). Apenas considerando a sentença em sua real natureza de ato processual, poderemos explicar como a mesma pode ter efeitos retroativos.

A doutrina tem reduzido a sentença constitucional ao ato jurídico-material (a lei), que na verdade é seu objeto, ficando os efeitos da sentença delimitados em atenção ao vício da lei (nula ou anulável, dependendo da corrente aceita). A eficácia da sentença tem sua origem no processo e, como tal, possui em geral dois "conceitos de tempo": um referente ao seu nascimento, outro a seu âmbito de aplicação (qualquer sentença naturalmente tem eficácia sobre fatos surgidos antes de sua existência, sobre a lide que ela atua).

Os Tribunais Constitucionais têm procurado tornar mais complexa a questão dos efeitos para além de meras construções lógicas, atendendo às novas demandas que lhes têm chegado. Têm surgido novas formas de decidir, novos tipos de sentença, que precisam ser mais bem estudadas; entre elas, há uma tendência de limitar a retroatividade das decisões. A afirmação de que todas as relações jurídicas surgidas com o advento da lei inconstitucional devem ser anuladas tem comportado temperamentos. Espanha, Portugal, Alemanha, mesmo os EUA e agora o Brasil são exemplos dessa tendência.

Buscam-se critérios que possam determinar em que casos certas relações,

mesmo tendo como base uma lei inconstitucional, ainda assim possam ser convalidadas. Nesse sentido, Regina Nery aponta um critério, a partir do artigo 5º, XXXVI, isto é, a sentença não poderia atingir os atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e a coisa julgada (cf. supra).

A recolocação da sentença constitucional, no quadro das sentenças em geral, depende, como se tem tentado demonstrar, da superação de certas teorias que procuravam estudá-la a partir da "teoria das nulidades", o que fez surgir doutrinas como a da nulidade absoluta de um lado (que entendia ser a sentença declaratória e produzindo efeitos *ex tunc*) e a doutrina da nulidade relativa de outro (para os quais a sentença era constitutiva e com efeitos *ex nunc*) (supra). Os defensores de ambas teorias partiam da mesma confusão: atribuir à sentença a mesma natureza de seu objeto (a lei).

Se para a lei a teoria das nulidades é pertinente, não se pode, contudo, querer que a sentença se mova pelos mesmos caminhos, porque se tomamos como referência o "dogma da nulidade", chegamos a um impasse: como pode um processo apreciar algo inexistente? Pode-se mesmo dizer que uma lei, "nula desde o início", realmente não produziu nenhum efeito? Ou pelo menos nenhum efeito válido? É válido o aforismo: *quod nullum est, nullum produxit effectum*?

Apesar dos questionamentos, a orientação que vem desde Kelsen até os dias de hoje, mesmo por aqueles que lhe são contrários, ressaltam o vínculo entre o vício do ato e a eficácia inerente à declaração de inconstitucionalidade, como se entre eles existisse uma conexão (cf. BLASCO SOTO, 1995:70).

A superação de tal condição passa, como se tem afirmado, pela superação da atribuição de efeitos temporais à sentença a partir de seu objeto, pois, "es en la sentencia donde hay que buscar la eficacia temporal y desde ella desde donde han de fijarse y disponer los efectos también temporales normativos. La sentencia es la que introduce los cambios en el ordenamiento jurídico y la que provoca el efecto demoledor en el mismo" (BLASCO SOTO, 1995:73).

Ou, segundo o que temos afirmado, nas sentenças, pois ao contrário do que vai concluir a jurista espanhola, não pensamos que seja possível um Tribunal Constitucional prever todas as variáveis para então dizer a partir de quando sua decisão entra em vigor, para então efetivar os direitos fundamentais.

"A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso, ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que sua interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material" (BARACHO, 1999a:125).

Tal preocupação é particularmente interessante, pois, como mostra Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2000:83), a legitimidade do processo de controle concentrado de constitucionalidade passa pela análise do processo legislativo, onde os cidadãos, destinatários das normas, devem ser também co-participantes em sua formulação.

A partir desse elemento a discussão sobre o que se entende por controle de constitucionalidade e por norma inconstitucional se densifica, pois há que se considerar o processo legislativo como um dos pressupostos à consideração do Judiciário, quando da apreciação de constitucionalidade de alguma lei no controle concentrado.

Por outro lado, percebe-se que a discussão jurisprudencial acerca da defesa dos Direitos Fundamentais tem operado, muita vez, no sentido de lhes ampliar o alcance (e até o número dos mesmos, como na decisão que proferiu a Suprema Corte americana em *Roe* vs. *Wade*).

"As garantias abstratas, a direta aplicabilidade dos direitos fundamentais, as cláusulas interpretativas, a defesa do conteúdo essencial, as garantias concretas, a tutela judicial ordinária e a proteção específica dos direitos fundamentais, com os processos e procedimentos constitucionais consolidaram o Processo Constitucional, fornecendo-lhe conteúdo adequado e efetivo" (BARACHO, 1999a:128).

Para concluir, afirmamos que os Tribunais devem ter em conta, ao proferir suas decisões, a atuação de todos os princípios constitucionais e as (possíveis) implicações de suas decisões. O Processo Constitucional tem de trabalhar hoje com a certeza de que cada decisão no sentido de eliminação de um problema contém uma componente de indeterminação que, por vezes, fará com que sejam gerados mais problemas que até então não se podia ver ou prever (cf. DE GIORGI, 1998:42). Logo, se queremos "segurança", esta apenas poderá ser alcançada, como dissemos, na garantia de que a decisão judicial seja produto do contraditório estabelecido entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ARAGÃO, Egas D. Poder de iniciativa e inconstitucionalidade de lei. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 64, p. 352-367, abr./jun. 1961.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.164, p.87-103, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Nova Fase, Belo Horizonte, a. XXX, n. 23-25, p. 59-103, 1980-82.

_____. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, n. 3 e 4, v. 2, p. 89-154, 1º/2º sem. 1999a.

_____. A Teoria da Igual Proteção (*equal protection*). *Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 3, p. 9-13, 1999b.

_____. A Constitucionalização do Direito: a constitucionalização do direito processual. Processo civil e direito constitucional. Direito Processual Comunitário. *Jornal da Pós-graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, a. 2, n. 11, p. 4-6, abril 2000a.

_____. O Valor Constitucional dos "Direitos de Defesa": jurisdição e constituição. *Jornal da Pós-graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, a. 2, n. 12, p. 5-6, maio 2000b.

_____. Argumentos e Práticas do *Judicial Review*: conflitos constitucionais. *Jornal da Pós-graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, a. 2, n.13, p. 4-5, junho 2000c.

_____. O Ambiente Sistêmico da Função Judicial e o Espaço Político da Magistratura. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 25, p. 43-60, abr./jun. 2000d.

_____. A Constitucionalização do Direito: a constitucionalização do direito processual. Processo civil e direito constitucional. Direito Processual Comunitário. *Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 4, p. 9-14, 2000e.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo Oliveira. Efeitos do Pronunciamento Judicial de Inconstitucionalidade no Tempo. *Cadernos da Pós-*

graduação. Belo Horizonte: Mov. Editorial da FD-UFMG, 1995.

_____. A Interpretação dos Direitos Fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. *In*: SAMPAIO, José A. Leite (org.), *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 315-345.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Vols. I e IV. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932-34.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLASCO SOTO, Maria Del Carmen. *La Sentencia en la Cuestión de Inconstitucionalidad*. Barcelona: José M. Bosh, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta*. São Paulo, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Devido Processo Legislativo*: *uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica Constitucional e Democracia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.3, n. 5 e 6, p. 27-28, 1º/2º sem. 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Ainda o Efeito Vinculante. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 18, p. 124-164, 1997.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Jurisprudência.

FERRARI, Regina Maria Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 3ª ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, p. 315-348, 1977.

FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática: en Europa e America*. Ciudad del México: Fondo de cultura Economica, 1946.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Tribunal Constitucional e Supremacia da Constituição, *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 5-8, jul./set. 1987.

GARVEY, John H. e ALEINIKOFF, T. A. *Modern Constitutional Theory: a reader*. 2ª ed., St. Paul: West Publishing, 1991.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista* (textos selecionados). São Paulo: Abril Cultural, 1974. Coleção "Os Pensadores".

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. Chi Dev'essere il Custode della Costituzione? *In*: *La giustizia costituzionale*. Trad. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *In*: *Ecritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1998.

_____. El Control de la Constitucionalidad de las Leys: estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana. *Ius et Veritas*, Lima, año IV, n. 6, p. 81-90, [s/d].

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição: as Cortes Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998a.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998b.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Technicas, 1932.

_____. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. V. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Forense, 1958.

ROSENFELD, Michel. Les Décisions Constitutionnelles de la Cour Suprême Américaine pour la Session 1998-1999: redéfinir les limites du fédéralisme au détriment des droits indiviuels. *Revue du Droit Public*, Paris, n. 5, p. 1329-1342, sept./oct. 2000.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

SLERCA, Eduardo. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América* (textos selecionados). São Paulo: Ática, 1975. Coleção "Os Pensadores".

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os Instrumentos Processuais de Defesa da Constituição: ação de constitucionalidade. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 791-798, dezembro 1996.

VERDU, Pablo Lucas. Estado de Derecho y Justicia Constitucional: aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. *Revista de Estudios Políticos*, nueva epoca, Madrid, n. 33, p. 7-48, may./jun. 1983.

VÉSCOVI, Enrique. Bases para un Teoría Americana del Proceso de Inconstitucionalidad (declaración de inaplicabilidad de las leyes). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad del México, a. VIII, vol. 24, p. 1129-1151, sept./dic. 1975.

WOLFE, Chistopher. *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

NOTAS

[1] A doutrina ainda diferencia esse ramo em face do "Direito Processual Constitucional", destinado a estudar os instrumentos processuais de eficácia da Constituição; ambos, contudo, se subsumem na grande categoria "Processo Constitucional".

[2] Ver também BARACHO (2000d:43-60).

[3] Um estudo aprofundado do Direito Comparado à espécie encontra-se em BARACHO (1985).

[4] Segundo Couture, a teoria da autonomia da ação representou para os estudos do processo um fenômeno análogo ao que foi para a física a divisão do átomo (citado por FIX-ZAMUDIO, 1977:316).

[5] Essa confusão é recorrente no Brasil. Só para citar um exemplo mais conhecido, observe-se o título de um dos livros de Gilmar F. Mendes (1998a): "Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha".

[6] Sobre a importância que teve nos Estados Unidos as *Reconstruction Amendments* (como a citada XIV), ver BARACHO (1999b).

[7] Ver também BARACHO (1999a:97-98) e SLERCA (2002).

[8] Esse direito à ação, pode, pois ser definido como o direito "que todas as pessoas têm de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos" (BARACHO, 1999a:92).

[9] Haveria ainda um terceiro setor, em decorrência do segundo, referente às garantias constitucionais do processo, ou, mais claramente, ao "devido processo" (a que já fizemos referência), como conclui FIX-ZAMUDIO (1977:330-331).

[10] Esse direito foi explicitado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) no

art. 8 (acesso à justiça, presunção de inocência, contraditório, presença de advogado privado ou público, não auto-incriminação, direito de recurso, publicidade do processo). Para garantir a efetividade de seus postulados foram criados dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33 e segs.).

[11] Com o objetivo de reforçar o caráter jurisdicional, diz Véscovi (1975:1136): "También tendríamos que concluir que se trata de función jurisdiccional si nos atenemos a los criterios normativos que caracterizan la actividad por el efecto jurídico (cosa juzgada), que se deriva del acto jurisdiccional". Contudo, como se percebe, o jurista uruguaio está se referindo ao sistema difuso de controle de constitucionalidade. Admite, contudo, que o caráter judicial do concentrado não resulta claro, como cita posições contrárias na Itália (ver *idem*, p. 1138 e 1139).

[12] Ver também voto do Ministro Moreira Alves, para quem o controle "abstrato" possuiria um "caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese" (RTJ 95/993). E ainda Clèmerson Clève (1995:112ss). Contra Sérgio S. da Cunha (1997:154).

[13] Ver também VÉSCOVI (1975:1129-1130) e ainda GARCÍA DE ENTERRÍA (1987).

[14] Note-se que sob a Constituinte de 1823 já havia quem defendesse que uma lei contrária à Constituição não valia. Contudo, como mostra Anhaia Mello (1968:182ss), a Constituição outorgada não previu um dispositivo que positivasse tal posição; além disso, a sanção imperial foi um entrave a qualquer tentativa de construção em contrário.

[15] Sobre críticas ao sistema americano, vale a pena ainda citar PONTES DE MIRANDA (1932:162ss).

[16] Uma releitura contemporânea das implicações de *Marbury vs. Madison* pode ser encontrada em GARVEY e ALEINIKOFF (1991).

[17] Para Tocqueville o grande poder político dado ao Judiciário dos EUA, constitui uma necessidade real e constitui "uma das barreiras mais poderosas que jamais foram erigidas contra a tirania das assembléias políticas" (*idem*).

[18] Schmitt havia feito aquela acusação ao sistema proposto por Kelsen (cf. SCHMITT, 1983:81ss). Ver ainda a resposta de KELSEN (1991:248). Sobre essa discussão ver Alexandre Bahia (2004).

[19] Impende observarmos que, a despeito de a Corte Constitucional austríaca ser tida como a primeira no mundo, na verdade o Tribunal Constitucional da Checoslováquia, instituído alguns meses antes pela Constituição daquele país possui a primazia temporal. De toda sorte, a Constituição da Áustria "transformou-se em modelo de um sistema de controle da constitucionalidade verdadeiramente original, que se opõe ao sistema americano, criando o tipo de controle concentrado" (BARACHO, 1999a:101).

[20] Poderíamos falar também da sistemática do controle espanhol, que vem desenvolvendo doutrina e jurisprudência bem peculiares no cenário mundial. Sobre os principais pontos deste inovador sistema, ver BARACHO (1999a:113ss) e GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987). Outro sistema peculiar que alguma influência exerce no Brasil é o português (vide, *e.g.*, a introdução entre nós da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão). Sobre este último ver BARACHO (1999a:115ss) e MIRANDA (1994).

[21] Segundo Gilmar Mendes a enumeração das pessoas, constante do art. 93, I, n.2 da Lei Fundamental é taxativa, não admitindo ampliação; a Lei Fundamental apenas dá legitimidade para esse controle abstrato aos órgãos centrais do governo e à minoria parlamentar o que, segundo ele, acaba por retirar do Tribunal as questões mais importantes (cf. MENDES, 1998a:89).

[22] Tomamos a expressão na acepção dada por J. BARACHO JR. (1995:30ss). Com semelhante apropriação não queremos desmerecer a prodigiosa criação americana, como se esta fosse despida de cientificidade, mas apenas mostrar que a crença absoluta em uma nulidade absoluta da lei inconstitucional não se conforma à realidade. Aliás, já dissemos, a própria Suprema Corte dos EUA não aplica aquela regra de mais absoluta hoje em dia.

[23] Vale a pena notar, entretanto, que em seminário realizado em 1992, o mesmo Ministro afirmara que: "casos há, entretanto, que seria adequado o efeito *ex nunc*" (VELLOSO, 1994).

[24] Essa é também a doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves, seguindo a tradicional lição de Valle

Ferreira, que, criticando a expressão "nulidade de pleno direito", dizia que "mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destituída pela declaração do juiz" (GONÇALVES, 1993:76). Aroldo Plínio enfatiza que a nulidade não é conseqüência inerente ao ato viciado. A nulidade é uma sanção, isto é, uma conseqüência prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei. Nulo é o ato assim declarado pelo Judiciário, que produz efeitos até a manifestação daquele.