

MAURO CAPPELLETTI

OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Marc Ancel (do Institut de France)

UTILIDADE E MÉTODOS DO DIREITO COMPARADO

Tradução de Sérgio José Porto

Blaise Faraço de Azevedo (Prof. da Universidade Federal do RS)

ÉTICA DISTRIBUTIVA E APLICAÇÃO DO DIREITO

Giuseppe Couture (Prof. da Universidade de Montevidéu)

OS MANDAMENTOS DO ADVOGADO

Tradução de Ovídio A. Baptista da Silva

Walter R. Faria (Prof. da Universidade Federal do RS)

CHEQUE — AS CONVENÇÕES DE GENEBRA E O  
DIREITO BRASILEIRO

Jodanin Garrigues (Prof. da Universidade de Madri)

PROBLEMAS ATUAIS DAS SOCIEDADES ANONIMAS

Tradução, prefácio e notas de Norberto da Costa Caruso Macdonald

Roberto Lyra Filho (Prof. da Universidade de Brasília)

FILOSOFIA JURÍDICA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Leslie Scarman (Magistrado da House of Lords)

DIREITO INGLÊS: A NOVA DIMENSÃO

Tradução de Inez Toffoli Batista

Ovídio A. Baptista da Silva (Prof. da Universidade Federal do RS)

SENTENÇA E COISA JULGADA — ENSAIOS

Cláudio Souto (Prof. da Universidade Federal de Pernambuco)

TEORIA SOCIOLOGICA DO DIREITO E PRÁTICA FORENSE

Jose Geraldo Sousa Junior (Prof. da Universidade do DF)

PARA UMA CRÍTICA DA EFICÁCIA DO DIREITO

Walter P. Arendt (Prof. da Universidade Bielefeld, Alemanha)

DIREITO CIVIL ALEMÃO/DIREITO DAS OBRIGAÇÕES — Parte Geral

Tradução de Fernando Edgar Laux

O CONTROLE JUDICIAL  
DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS  
NO DIREITO COMPARADO

Sergio Antonio Fabris Editor

Título original:

*Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*

Settima ristampa: 1978

Milano – Dott. A. Giuffrè – 1978

(Elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS)

Cappelletti, Mauro

O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984.

142p. 22cm.

1. Leis – Constitucionalidade – Controle jurisdicional. 2. Leis – Constitucionalidade – Direito comparado. 3. Direito comparado – Constitucionalidade das leis. I. Gonçalves, Aroldo Plínio, trad. II. Título.

CDU 340.131.5  
340.131.5:340.5  
340.5:340.131.5

Índice para catálogo sistemático

1. Leis – Constitucionalidade – Controle jurisdicional 340.131.5
2. Leis – Constitucionalidade – Direito comparado 340.131.5:340.5
3. Direito comparado – Constitucionalidade das leis 340.5:340.131.5

Reservados todos os direitos de publicação, em língua portuguesa, total ou parcial, a

SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR

Rua Miguel Couto, 745

Caixa postal 4001 – Telefone (0512) 33-2681

Porto Alegre, RS – Brasil

*Dois escritos, extraídos, respectivamente, do segundo e do terceiro capítulos deste volume, foram dedicados às coletâneas de estudos em memória de TULLIO ASCARELLI, precursor e mestre de um novo "estilo" na doutrina jurídica italiana, e de CARLO ESPOSITO, que, em época de ditadura, aprofundou, com espírito liberal, o tema da validade das leis. É-me grato dedicar, agora, o volume aos dois Mestres, unidos na minha reverente recordação.*

## APRESENTAÇÃO

*Neste pequeno volume está recolhido e reelaborado um breve curso sobre o controle de constitucionalidade das leis do Direito comparado (1), por mim ministrado, em 1965, na Cidade do México, por gentil convite da Universidad Nacional mexicana(2). A alguns dos temas tratados naquele curso tive várias ocasiões de voltar, sempre, porém com finalidades principalmente didáticas: de modo particular, além do curso de Direito Público comparado, ministrado no ano acadêmico de 1966-67, na Faculdade de Direito de Florença, em dois seminários, no Department of Political Science da University of California, em Los Angeles e na Law School da Michigan University, bem como em um breve curso na Faculté Internationale Pour L'Enseignement du Droit Comparé de Strasburgo e em uma conferência no Colégio Jurídico de Pisa. Ficou, portanto, no pequeno volume aquela originária postura, essencialmente didática – de exposição a jovens estudiosos, ao invés de detalhada e completa análise monográfica – que julguei oportuno manter, não obstante todos os limites que a este livro dela deviam derivar.*

---

1 – O tema desta investigação insere-se no quadro de uma mais vasta pesquisa de Direito Processual comparado, patrocinada pelo Conselho Nacional de Pesquisas e desenvolvida, desde 1964, junto ao Instituto de Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de Florença.

2 – O curso, com a adição dos atos de uma mesa redonda que a ele se seguiu sobre o tema “Amparo y Casación” e de que participaram, comigo, os Colegas, I. MEDINA, H. BRISEÑO SIERRA, N. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, H. FIX ZAMUDIO e L. CAPÍN MARTÍNEZ, foi recolhido em volume em tradução espanhola de C. GÓMEZ LARA e H. FIX ZAMUDIO. Cfr. M. CAPPELLETTI, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1966. Para uma síntese reelaborada do próprio curso cfr. M. CAPPELLETTI/J. C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79 (1966), pp. 1207-1224.

Quis dizer quanto antes, para advertir desde o início, os limites deste "cursillo". Poderia se perguntar, então, o leitor por que razão se quis iniciar, justamente com este volume, de ambições modestas, uma empresa certamente menos modesta: ou seja, uma coleção de publicações de Direito comparado, as quais, embora (ou, antes, exatamente porque) presumivelmente, na grande maioria, obra de jovens, se mostram, tenho certeza, muito mais empenhadas e significativas.

A justificação deve ser vista na matéria tratada nestas páginas, a qual exprime, segundo o meu parecer — como procurarei mostrar nesta Apresentação — um dos fenômenos mais indicativos da realidade e do pensamento jurídico moderno: um fenômeno, de resto, em que está estreitamente envolvida a importância metodológica e, diria até, filosófica do Direito comparado.

Outros mostraram como, em Direito Internacional Privado, o método comparativo — de que foi, nesta matéria, grande Mestre Ernst Rabel — representou o início de uma verdadeira "terceira escola" (3), síntese e superação, por um lado, da escola universalista do séc. XIX, tendo à frente Savigny e, na Itália, sobretudo Mancini e, por outro lado, da escola positivista e particularista, que prevaleceu na Europa, com o emergir de figuras como as de Bartin, de Kahn, de Anzilotti e tantas outras, no fim do séc. XIX e nos primeiros decênios do século XX.

Mas creio que o panorama pode, antes de ser alargado, estendendo-se, do campo do Direito Internacional Privado, também ao do Direito Constitucional (e do Direito Público em geral), e, portanto, a todo o fenômeno jurídico e a sua moderna concepção filosófica.

No plano do Direito Constitucional e Público, a grande "descoberta" do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, entendidas como a *lex superior*, vinculatória até para o legislador. Não é, atente-se, uma descoberta em sentido absoluto, porque, antes, eu mesmo procurarei mostrar (neste vol., cap. II) como à idéia não tinha faltado, mesmo no plano das realizações práticas, precedentes até antigos. Mas a novidade está, sobretudo, na amplitude verdadeiramente extraor-

3 — Cfr., também para as referências bibliográficas, nosso estudo sobre *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, XX (1965), p. 192 ss., especialmente pp. 218 ss., 229 s. (reelaborado em versão francesa com o título *La valeur des jugements étrangers en Italie*, para a coleção de estudos em homenagem ao Prof. FRAGISTAS, Salonicco, 1967, p. 259 ss.).

dinária, e, por inclinação, universal, que o fenômeno veio assumindo, a partir da Constituição norte-americana de 1787, para chegar até às Constituições mais recentes; e está, pois, em busca de um grau tal de efetividade, que em outras épocas certamente foi desconhecida. Efetividade, quero dizer, da superioridade da Lei Fundamental; e busca, portanto, de um instrumento, capaz de garantir aquela superioridade.

Este instrumento, que em algumas experiências velhas e recentes, de duvidoso sucesso na verdade, procurou-se não separar do próprio poder legislativo (infra, cap. I, § 2, e cap. III, § 8), em outras e sempre numerosas experiências, procurou-se, ao contrário, vê-lo em um poder diverso, autônomo, independente do poder propriamente de normação e de governo: ou seja, no poder judiciário. Daí esta fascinante experiência de ruptura de esquemas novos e antigos, consistente — no plano dos órgãos — na atribuição, a uma ou a todas as Cortes judiciárias de um determinado ordenamento, do poder de controle da atividade do legislador à luz da Constituição, e — no plano dos atos — na configuração da sentença como instrumento e ocasião de controle da lei.

Mas esta não é senão uma mera descrição do fenômeno, o qual tem, repito, uma bem mais profunda significação e, preferiria dizer, uma própria filosofia. Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma "hierarquia" das leis, e de garanti-la. É a própria ânsia — ou um seu aspecto — de sair do contingente, de "fazer parar o tempo", de vencer, em suma, o humano destino de *perene transformação* e de morte: as leis mudam, mas permanecem a Lei; permanecem os Valores Fundamentais. E uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores.

É esta, fundamentalmente, a doutrina que está na base de todo *jusnaturalismo*, religioso ou laico que seja; com toda a coragem, antes a audácia, implícita naquela doutrina, que é a audácia do indivíduo que se arroga o direito de violar a lei injusta. Mas já que a ânsia, que aquela doutrina exprime, é um dado insuprimível do homem — é, precisamente, o desejo ardente, divino ou faustiano, que está em todos nós — é plenamente compreensível, especialmente em épocas de mais aguda crise, o *perene retorno* do *jusnaturalismo*, mesmo eternamente derrotado no plano da lógica pura como também no plano de uma atrevida e realística experimentação de dados, a qual nos mostra que, além de genéricas fórmulas destituídas de conteúdo, também os "valores" mudam,

então também “a Lei” muda e deve ser, pouco a pouco, trabalhosamente, responsabilmente procurada, recriada pelo homem; que, portanto, única lei absoluta é, no caso, aquela da contínua e eterna mudança; que, em suma, para parafrasear o título de uma célebre conferência de Benjamin Constant, a liberdade dos modernos é absolutamente diversa daquela dos antigos, e o mesmo vale para a verdade, e para a justiça, e para todos os outros “valores”.

Então, eu creio firmemente que, se existe um dado, que torna grandiosa e fascinante a experiência jurídica moderna, ele está, exatamente na renovada tentativa “faustiana” de fazer parar aquele átimo fugidivo. Tentativa renovada, antes nova porque novo é o seu instrumento.

As Constituições modernas, normas prevalentemente “de valor”, são, precisamente, o primeiro momento daquela tentativa. Nas suas mesmo necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas fórmulas, está a primeira poderosa tentativa de lapidar a pedra informe dos “valores”, individuais e sociais, e de dar-lhes uma primeira forma: a primeira tentativa, em suma, de uma “positivização” de algo, que está fora e acima da lei normal, e de quem a elabora.

O segundo momento está no caráter “rígido” daquelas Constituições, as quais se impõem, exatamente, com a força de “normas prevalentes”.

Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente “concretização”, através da obra de um intérprete qualificado — o juiz, ou, nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas, genial, invenção do homem e do Direito.

O fenômeno jurídico insere-se, desta maneira, em dimensões bem mais vastas que aquelas, rigidamente nacionais, do legalismo positivista. “Terceira escola”, exatamente; antes terceira dimensão: não mais aquela incolor e inconsistente, dos valores “eternos” e “imutáveis”; tampouco aquela, toda contingente, antes efêmera concreção, do “justo porque legal”. Acima da lei entendida como pura expressão de uma vontade soberana, centralizada na vontade do Estado, jus quia jussum, há um valor, porém também ele historicamente condicionado e, por isto, relativo, mas menos relativo que a lei ordinária, e subtraído aos volúveis comportamentos de passageiras maiorias governamentais ou parlamentares. E aquele valor tem o seu juiz, “Hüter der Verfassung”, que lhe garante a efetividade.

Valor, repito, também ele relativo, mas menos relativo. E, justamente, nesta sua menor relatividade, está, também, o seu destino de natural disposição para a universalidade ou, pelo menos, internacionalidade ou supranacionalidade. Se há, deveras, um campo, no qual hoje mais que a sensibilidade, e a cultura, e a realidade mesma dos homens foram e vão rapidamente se internacionalizando, este é, certamente, o campo das normas e dos institutos, dos valores e dos princípios, de caráter constitucional. Veremos, precisamente neste pequeno volume, como instrumentos adotados na América encontram-se, por exemplo, por força espontânea ou por imitação, em numerosos Países dos outros Continentes; e como outros instrumentos adotados originariamente na Áustria, foram depois parcialmente seguidos na Itália, na Alemanha, na Turquia, na Iugoslávia, e em outras partes; e como — sobretudo — existe um grande e fascinante movimento de aproximação entre os dois sistemas — o “americano” e o “austriaco” — nas origens radicalmente contrapostos, uma atenuação, portanto, das nítidas contraposições iniciais; e como as próprias ideologias, que estão na base daquela e de outras contraposições, vão sempre mais se atenuando, quando não, até mesmo, se unificando ou se harmonizando.

E bastaria isto, parece-me, para fazer emergir, em toda a sua importância, o Direito comparado, antes, o método comparativo, nos estudos de Direito Constitucional — processual e substancial.

Mas creio que, a propósito desta importância, o discurso deva ir muito além. Se o processo de “internacionalização”, de que agora falei, é evidentiíssimo no Direito Público e Constitucional, ele não está

absolutamente ausente dos outros múltiplos campos do Direito. Porque, antes, ele reflete verdadeiramente, repito, uma característica, talvez a característica do fenômeno jurídico na época em que vivemos: a época, exatamente, das gigantescas transformações econômicas, técnicas, sociais, que todos, quotidianamente, constatamos, as quais estão mudando radicalmente as dimensões das relações entre os homens e os Estados, estão criando novas formações comunitárias, estão apresentando normas e órgãos de tutela no plano internacional quando não, até, universal (4).

Nesta inquietude de transformação, de alargamento e de ruptura de fronteiras, que distingue — e como poderia ser de outra maneira? — a nossa “época espacial”, estou convencido de que justamente o método comparativo representa, e não apenas em matéria de conflito de leis, o instrumento mais eficaz e indispensável daquela “terceira escola” de que acima falei. Ao novo mundo que está nascendo e a uma ciência jurídica que queira ser capaz de interpretar e satisfazer-lhe as exigências, não podem, certamente, bastar as fórmulas de um aereo e fumoso justanaturalismo teórico, cuja pretensão de universalidade não é mais que um véu da sua vacuidade. O positivismo foi, na verdade, uma lição que não deve ser esquecida. Ele reconduziu ao concreto, à indução da regra através dos dados variáveis da realidade normativa, embora — como foi visto — ele não tenha sabido satisfazer a aspiração à superação de uma assaz fácil variabilidade de todos os dados.

Mas com a mudança das perspectivas, que caracteriza o mundo cultural e social da nossa época e em que toda experiência está sempre mais se inserindo em um plano internacional e supranacional, também o método

---

4 — Cfr. uma das mais belas páginas do recente volume de N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 192: “A história do Estado moderno nos últimos dois séculos coincide em grande parte com a história das tentativas levadas a termo para tornar efetivamente operante, através de vários expedientes constitucionais, a exigência posta pelas teorias justanaturalistas em favor da limitação do poder soberano. O primeiro passo foi o controle do poder executivo por parte do poder legislativo; o passo seguinte foi dado quando veio a ser instituído o controle do poder legislativo ordinário por parte do poder constituinte através do controle de legitimidade constitucional. Agora nos encontramos na fase do impulso irresistível para o controle de um ordenamento parcial (Estado) por parte de um ordenamento universal (comunidade universal): desta nova fase o início é representado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)”.

de investigação jurídica deve, obviamente, atualizar os próprios instrumentos. Permanece a validade dos instrumentos realístico-indutivos do positivismo jurídico, do qual deixam, no entanto, de ser válidas as bem conhecidas últimas etapas nacionais, ligadas ao conceito de Estado e de soberania. À sutil análise literal, lógica, analógica dos textos positivos, ou à refinada pesquisa das rationes decidendi, dos holdings e dos dicta, vai-se, necessariamente, acrescentando o instrumento de uma bem mais vasta pesquisa, pesquisa exatamente de “núcleos comuns” no plano internacional e universal, pesquisa de confluências e de divergências, de consonâncias e de dissenções entre os vários ordenamentos e entre as várias grandes “famílias” jurídicas, e de suas razões práticas e ideais, e das gerais tendências de evolução — que é, precisamente, a pesquisa comparativa, a qual da metodologia positivista conserva, pois, a concreção metodológica, conquanto superando-lhe as já não mais aceitáveis últimas etapas e abrindo-a a uma renovada visão supranacional e universal.

Eis, então, como, em nossa concepção, os três fenômenos do constitucionalismo moderno, do controle jurisdicional das leis e do método comparativo, apresentam-se como três fundamentais aspectos de um único e grandioso fenômeno unitário, que está no centro da experiência (ou, se se prefere, da aventura), jurídica e cultural, do homem moderno. E eis, ainda, a razão pela qual julgo que um estudo, que — ainda que de maneira inteiramente incompleta e imperfeita — repousa sobre os três fenômenos, possa legitimamente aspirar a tornar-se iniciador e estimulador de uma coleção de ulteriores e mais aprofundadas pesquisas no campo do Direito comparado.

MAURO CAPPELLETTI

## PREFÁCIO À EDIÇÃO EM LÍNGUA PORTUGUESA

Sou particularmente grato ao ilustre Colega Aroldo Plínio por ter preparado esta tradução em língua portuguesa do volume que publiquei em italiano com o título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato* (Milano, Giuffrè, 1968, 7ª reimp. 1978). O texto italiano representava uma completa reelaboração de um pequeno volume publicado em espanhol em 1966, aos cuidados dos Professores Fix Zamudio e Cipriano Gómez Lara (1), em que eram reproduzidas, com poucas modificações e algumas notas, cinco conferências que fiz, em fevereiro de 1965, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, bem como os atos de uma mesa redonda sobre o tema "Amparo y Casación" de que participei, juntamente comigo, o Dr. Niceto Alcalá-Zamora, o Dr. Humberto Briseno Sierra, o Lic. Luis Capín Martínez e o Lic. Héctor Fix Zamudio. Por sua vez, a edição em italiano constituiu a base para uma reelaboração em inglês, de que, pessoalmente, cuidei (2), como também para uma reelaboração, que fiz, juntamente com o Juiz da Corte Constitucional Federal alemã T. Ritterspach, em língua alemã (3). Existe, agora, também uma edição em língua japonesa, feita com base no texto inglês e aos cuidados dos Professores Sato e Taniguchi da Universidade de Kyoto (4), enquanto está em curso, por obra dos colegas Fix Zamudio e R. Brañes, uma nova

---

1 – M. CAPPELLETTI, *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, Universidad Autónoma de México, Publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1966.

2 – M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis – New York, Bobbs – Merrill, 1971.

3 – M. CAPPELLETTI & T. RITTERSPACH, *Die Gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 20 (1971). p. 65 ss.

4 – O vol. foi publicado pela Chuo University Press, 1974.

edição amplamente reelaborada em língua espanhola, estando, de há muito, esgotada a primeira edição.

O fato de que o Colega Aroldo Plínio, com a generosa colaboração do Colega José Carlos Barbosa Moreira, e o ilustre editor Fabris, tenham julgado oportuno efetuar esta edição brasileira, representa, para mim, um privilégio de que sou, particularmente, reconhecido. Não posso deixar de sublinhar o fato de que este livro, nascido na América Latina e para um auditório latino-americano, teve, também, nos seus posteriores desenvolvimentos e transformações, o contínuo benefício decorrente do diálogo com os estudiosos latino-americanos, cuja experiência nesta matéria, baseada, sobretudo, em gloriosas instituições como o *mandado de segurança* brasileiro ou o *juicio de amparo* mexicano, é única e preciosa. Dela espero poder continuar a tirar proveito, no futuro.

Ao mesmo tempo devo acrescentar que estou ciente das graves limitações deste livro. O seu propósito não é fazer uma descrição completa dos vários tipos de *judicial review* do mundo moderno. Não é uma “Enciclopédia”. Também, e principalmente, o objetivo do livro não é discutir os resultados alcançados através do julgamento constitucional nos vários campos do Direito substantivo: não pesa nem avalia o relativo impacto do julgamento constitucional no moldar leis e instituições, nem analisa os custos e vantagens da *judicial review* em termos de resultados econômicos, sociais e éticos, conquanto seja um fato facilmente determinável que, especialmente no segundo pós-guerra, em um número crescente de Países, o julgamento constitucional tornou-se um dos maiores mecanismos para mudança jurídica, social e econômica.

A análise do livro se limita à “estrutura” da *judicial review*, embora tal “abordagem estrutural” (5), não seja fechada em si mesma, mas um tanto direcionada como uma sindicância dentro das raízes das variáveis estruturais — suas raízes na história e tradição, nas feições básicas das “famílias” jurídicas, na sociologia do judiciário, na ideologia, nas demandas sociais e nas transformações maciças de nossa época.

O objetivo real do livro é colocar um fenômeno muito importante, que caracteriza a vida constitucional de um número crescente de

5 — Veja-se o bom comentário do Professor K. L. KARST, *A Structural Approach to Comparative Law*, 25 *Stanford Law Review*, III (1972).

Países nos cinco continentes, em suas perspectivas comparativas, históricas e jurisprudenciais, mesmo que nenhuma tentativa seja feita para ser geograficamente exaustivo. Meu objetivo primordial foi compreender a significação daquela expansão gigantesca do que vem sendo chamado “constitucionalismo moderno”, isto é, da tentativa quase universal de enuclear algumas leis e valores “mais altos” e colocá-los sob a proteção de uma ou mais corporações independentes — as Cortes.

Desobediência a leis e a ordens “iníquas”, “imorais”, “desarrazoadas”, ou “antinaturais” tem sido um problema perene da humanidade (6). O gênio da humanidade tentou, agora, traduzir este problema em termos de “constitucionalidade”, afirmando o direito de não seguir os preceitos das leis e ordens inconstitucionais. A *judicial review* da constitucionalidade da legislação é apenas uma das várias facetas modernas daquele ponto de debate perene. Outras facetas incluem *judicial review* de atividade executiva, bem como de fascinantes instituições como *Verfassungsbeschwerde* e *Amparo* (7), que representam esforços ulteriores para expandir a proteção judicial de valores fundamentais, mesmo à ação governamental não legislativa.

Todavia, outra faceta é a tentativa muito recente e desafiante de afirmar o caráter supranacional de um conjunto de leis e valores — uma *Carta de Direitos Supranacional*. Esta tentativa é exemplificada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual, todavia, tem tido até agora uma natureza meramente teórica, uma vez que carece de uma Corte para protegê-la das violações e impor observância daquela Carta de Direitos Universal. Na verdade, este é ainda um esforço um tanto embrionário, embora suas potencialidades possam, um dia, se revelar como extremamente promissoras (8). A mesma tentativa foi

6 — O mais recente de uma série extensa de análises deste problema perene é um livro escrito por dois irmãos distintos, um deles, Professor de Filosofia e o outro, Professor de Direito: M. R. KADISH e S. H. KADISH, *Discretion to Disobey. A Study of Law Departures From Legal Rules* (Stanford University Press, 1973).

7 — Veja-se para um tratamento mais detalhado, meu volume *La Giurisdizione Costituzionale Delle Libertà* (Milano, Giuffrè, 2ª impressão, 1971); (tradução espanhola de H. FIX. ZAMUDIO) M. CAPPELLETTI, *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, México, Imprenta Universitária, 1968.

8 — Dois Pactos para a Declaração Universal, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, foram adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, para conferir às proclamações da Declaração um caráter mais jurídico e entraram em vi-

repetida, de uma forma mais sofisticada, em 1950, através da Convenção Européia de Direitos Humanos, também chamada “Carta de Direitos Européia”, a qual, agora, está em vigência para dezenove nações, isto é, todas as nações européias ocidentais, com exceção apenas da Espanha e da Finlândia. Pela primeira vez na história humana, este documento previu a instituição de corporações judicantes supranacionais, a Comissão e Corte de Direitos Humanos Européia, a que podem recorrer não apenas cada um dos Estados membros, mas, até mesmo, os indivíduos destes Estados. Estes “recursos individuais” são destinados a obter proteção judicial supranacional dos direitos proclamados pela Convenção Européia contra violações por qualquer autoridade do Estado membro — legislativa, executiva ou judiciária (9).

Este é, na verdade, um compromisso internacional maior daquelas nações européias, uma nova aventura jurídica, intelectual e moral, a qual se bem sucedida no “Velho Continente” — como há muitos indícios de que ocorrerá — poderia tornar-se precursora de tentativas maiores análogas em outras partes do mundo, talvez, até, em um nível universal (10).

Desta forma, o resultado ulterior destas tendências seria *judicial review* por Cortes internacionais da conformidade da ação pública a um conjunto de valores fundamentais universalmente aceitos — naturalmente, um longo, longo caminho a seguir no curso da trilha espinhosa do desenvolvimento de nações e sociedades modernas. Todavia, nenhuma

---

gor em 1976. Eles prevêem algumas formas, embora ainda bastante rudimentares, de vigilância por órgãos internacionais para assegurar submissão às suas provisões. Em particular, o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos prevê sobre um corpo especial chamado Comitê dos Direitos Humanos (nos Art. 28-45) ao qual até indivíduos teriam recurso em caso de violações dos direitos protegidos (Protocolo Opcional de 16 de dezembro de 1966). Veja-se A. LUINI DEL RUSSO, *International Protection of Human Rights* (Washington, 1971).

9 — Até agora, treze dos dezenove Estados membros aceitaram a cláusula opcional da Convenção que permite aos indivíduos recorrer à Comissão Européia de Direitos Humanos contra seu próprio Estado.

10 — Na verdade, uma lacuna maior neste livro é a falta de uma análise do desenvolvimento da *judicial review* da ação estatal no “front internacional”, isto é, em face de uma “Lei Maior” supranacional. Cf. M. CAPPELLETTI & D. TALLON (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (Giuffrè & Ocea Publications, Milan & Dobbs Ferry, New York, 1973), especialmente 245-333, 661-773, 813-21.

aventura humana maior no domínio do pensamento, da liberdade e da norma jurídica jamais existiu sem dificuldades e dúvidas, ciladas e derrotas. Também nenhum progresso humano maior jamais conseguiu chegar à última perfeição; mesmo a *judicial review* é apenas um instrumento nas mãos de humanos, e humanos, naturalmente, não são deuses. Entretanto, eu não sei de qualquer Revolução progressiva na história da humanidade, sem nenhuma Utopia de si mesma, nem sei de qualquer esforço humano maior, sem uma força poderosa, moral e ideológica, por detrás.

Constitucionalismo moderno, Carta de Direitos nacional e transnacional, e proteção judicial — interna e internacional — de tais direitos fundamentais contra abusos por autoridades públicas, podem bem ser apenas outro aspecto da Utopia de nossa época. Se ele nos encaminhará, como sempre esperamos, para um mundo melhor, um mundo no qual indivíduos, grupos e pessoas possam viver em paz e em compreensão mútua, sem guerra e exploração, só o futuro poderá dizê-lo.

MAURO CAPPELLETTI

## Capítulo I

### DELIMITAÇÃO DO TEMA: CONTROLE JUDICIAL E CONTROLE POLÍTICO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE

SUMÁRIO: § 1. O controle judicial da constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional. — § 2. Controle jurisdicional e controle político da constitucionalidade das leis. — § 3. O controle político de constitucionalidade nos Países socialistas. — § 4. Controle de constitucionalidade e controle de legalidade: função originária e evolução da *Cour de Cassation*.

§ 1. O tema da presente pesquisa é o do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. É minha intenção tratá-lo, por assim dizer, por graus, examinando-o, antes de tudo, em uma perspectiva histórica e dirigindo, finalmente, a análise a seus essenciais elementos estruturais e, ao mesmo tempo, também modais e funcionais. A pesquisa comparativa será conduzida não por critério geográfico, mas, quanto possível, sistemático.

Reservarei, porém, este primeiro capítulo para uma espécie de enquadramento geral do instituto do controle jurisdicional de constitucionalidade, isto é, como ele se insere no quadro geral da “justiça constitucional” e como se distingue de fenômenos a ele, por qualquer modo, vinculados ou afins ou, talvez, contrapostos.

Na verdade, parece oportuno precisar, desde agora, que o tema do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não pode, certamente, identificar-se com a jurisdição ou justiça constitucional, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* dos alemães. Ele, ao contrário, não representa senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada “justiça

constitucional”, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importantes (1). Assim, por exemplo, o *juicio de amparo* mexicano, além de *amparo contra leyes* (2), se manifesta também na ulterior função de “amparo como garantía de los derechos de libertad”, o qual, antes, representa o “núcleo originário” de tal instituição (3). Este aspecto do *amparo como defesa dos direitos fundamentais de liberdade* — que é, também, o aspecto que, fora do México, atraiu mais as simpatias e a atenção dos estudiosos (4) — corresponde mais ou menos de perto a outros institutos muito conhecidos dos constitucionalistas e dos procesualistas do mundo: o *writ of habeas corpus* dos Países anglo-saxões, a *Verfassungsbeschwerde* e a *Popularklage* como instituto de tutela dos *Grundrechte* em alguns Países da Europa central, etc. Não é, entretanto, deste assunto, que também me é particularmente caro e ao qual dediquei não poucas pesquisas (5), que gostaria de tratar nesta sede, embora um ou outro dos mencionados institutos possa estender a tutela dos direitos de liberdade também em relação a atos legislativos (6). Não pre-

1 — Sobre os vários aspectos da justiça constitucional, cfr. v.g., nos últimos tempos, René MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, Springer Verlag, 1963, pp. 93-112.

2 — O *amparo* como controle de constitucionalidade das leis “debe considerarse como la más genuina y estrictamente constitucional (...) de las tres modalidades estructurales del amparo”. Assim, H. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 246. Em geral sobre o *juicio de amparo* (que, surgido no século passado no México, onde é, justamente, considerado como a mais característica instituição daquele ordenamento jurídico, foi, depois, introduzido, também, em outros Países latino-americanos) pode-se ver M. CAPPELLETTI, verbete *Amparo*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 329 s.

3 — FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 243, 377.

4 — Veja-se o que sobre o assunto escreveu, faz alguns anos, um tratadista mexicano, Felipe TENA RAMÍREZ, *El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional*, nel vol. *México ante el Pensamiento Jurídico-Social de Occidente*, México, Editorial Jus, 1955, pp. 153 ss., 155 e *passim*.

5 — Cfr., particularmente, o volume *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955 (trad. espanhola de H. FIX ZAMUDIO, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1961), o qual é dedicado, exatamente, ao instituto da *Verfassungsbeschwerde* na Suíça, Áustria e Alemanha, e também ao da *Popularklage* bávara.

6 — Em particular, a *Verfassungsbeschwerde* alemã, a *staatsrechtliche Beschwerde* (*recours de droit public*) suíça e a *Popularklage* bávara podem, dentro de certos limites que aqui não importa precisar, ser dirigidas contra atos legislativos lesivos dos direitos fundamentais de liberdade; cfr., minuciosamente, nosso volume so-

tendo tratar, aqui, de outras manifestações da justiça constitucional diversas do controle de constitucionalidade das leis: como, por exemplo, de todas aquelas manifestações que se concentram no *Bundesverfassungsgericht*, isto é, no Tribunal Constitucional Federal alemão, a saber, o controle sobre legitimidade constitucional dos partidos políticos, o julgamento das acusações do *Bundestag* ou do *Bundesrat* contra o *Bundespräsident*, etc. Nem pretendo falar, neste volume, daquelas manifestações de que está investida a Corte Constitucional italiana, nos termos do art. 134, parágrafos 3º e 4º, da Constituição republicana, ou seja, o julgamento dos “conflitos de atribuição” (7) entre os poderes do Estado, ou entre o Estado e as Regiões, ou entre as Regiões, e também o julgamento das acusações contra o Presidente da República e os Ministros de Estado, e assim por diante. São, todos estes, ulteriores importantes aspectos da justiça constitucional: importantes aspectos de um fenômeno que, especialmente nestes últimos dois decênios, tem sido largamente difundido no mundo internacional do Direito, quase uma espécie de trincheira ideal e de extrema defesa que o homem livre tem erigido contra temidos retornos de uma época de terror, de opressão, de tirania, uma época que nos parece tão remota, mas que muitos entre nós, infelizmente, viveram.

Todas estas manifestações da “justiça constitucional” podem, de certo, reduzir-se a unidade, pelo menos, sob o seu aspecto funcional: a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional. No entanto, é indubitável a profunda diferença estrutural que

bre *La giurisdiz. costituz. delle libertà*, cit., pp. 25 ss., 69 ss., 81 ss. Também elas dão lugar, deste modo, a uma forma ainda que especial de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. V. também Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp. 116, 119.

7 — Estes assim chamados “echte Verfassungsstreite” são previstos também pela Constituição de Bonn (art. 93, parágrafo 1º, nº 1) como objeto da competência jurisdicional do *Bundesverfassungsgericht*. Eles podem, em alguns casos, dar lugar, também, a um controle de constitucionalidade de atos normativos (cfr. ENGELHARDT, *op. ult. cit.*, pp. 116 s., 122; para o mesmo problema, no direito italiano, cfr., recentemente, Federico SORRENTINO, *I conflitti di atribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XVII [1967], pp. 754-755; Giovanni GROTANELLI DE’ SANTI, *I conflitti di atribuzione tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 16 nota 30 e p. 97 ss.).

intercorre entre aquelas várias manifestações pelo que bem se pode justificar uma exposição limitada a apenas uma delas — limitada, particularmente, àquela que de todas é provavelmente a mais importante, ou seja, o controle judicial sobre a legitimidade constitucional das leis.

§ 2. Controle, repito, *judicial*, ou seja, *jurisdiccional*: *judicial review*, *control jurisdiccional*. Uma ulterior delimitação do novo tema podemos, realmente, logo fazê-la aqui, precisando que pretendemos tratar não, em geral, de qualquer sistema de controle da constitucionalidade das leis, mas tão-só daqueles sistemas em que o controle seja confiado a órgãos *judiciários*, exercendo uma função *jurisdiccional*. O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz*.

Não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos Países, em lugar de um controle jurisdiccional — ou, talvez, ao lado dele — existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar *políticos*, mas não, *judiciários*. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, valê dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.

Um exemplo de controle de constitucionalidade de caráter não jurisdiccional, mas puramente político, pode ser encontrado na própria história das instituições jurídicas do México, ou seja, no *Supremo Poder Conservador*, que foi criado pela segunda das “Siete Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836”, inspirado no *Sénat Conservateur* da Constituição francesa de 22 frimário do ano VIII (1799) (8).

8 — Cfr. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., p. 215; I. BURGOA, *El juicio de amparo*<sup>8</sup>, México, Porrúa, 1966, p. 86 ss. Sobre o *Sénat conservateur* da Constituição francesa do ano VIII v., entre tantos, H. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*<sup>8</sup>, tome premier, Paris, Sirey, 1927, pp. 602, 614, 638; tome second, Paris, Sirey, 1928, pp. 77-78; J. ELLUL, *Histoire des Institutions*, tome second, 2, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, p. 693; M. DUVERGER, *Droit Public*<sup>3</sup>, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, pp. 23-24.

Mas o País que oferece os mais típicos e mais numerosos exemplos de um controle *político*, não *judicial*, de constitucionalidade é, sem dúvida, a França (9). Na realidade, a exclusão de um controle *judicial* de constitucionalidade é uma idéia que sempre se afirmou — por razões históricas e ideológicas que veremos (*infra*, cap. III, § 8) — nas Constituições francesas (10), e que se encontra de novo afirmada, ainda hoje, se bem que talvez com algumas atenuações, na vigente Constituição francesa de 1958. De fato, nesta Constituição, se, por um lado, não é previsto um poder “difuso” dos juizes de controlar a conformidade das leis à própria Constituição (11), é previsto, por outro lado, um *Conseil Constitutionnel*, cuja organização é disciplinada por uma *ordonnance* de 7 de novembro de 1958, posteriormente modificada. Este *Conseil Constitutionnel* é composto dos ex-Presidentes da República e de outros nove membros, três dos quais nomeados pelo Presidente da República, três, pelo Presidente da *Assemblée Nationale*, e três, pelo

9 — Em geral sobre os Países que não têm um controle judicial de constitucionalidade das leis, cfr. M. BATTAGLINI, *Contributo allo studio comparato del controllo di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, XII (1962), pp. 663-770.

10 — Na doutrina francesa não faltaram, na verdade, algumas vozes muito autorizadas em favor daquele controle; cfr. referências em Gottfried DIETZE, *Judicial Review in Europe*, in *Michigan Law Review*, 55 (1957), p. 541 ss., e in Jeanne LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1954, p. 163 (HAURIOU, DUGUIT, JÉZE, BARTHÉLEMY). A opinião contrária, prevalente na doutrina francesa, pode ser vista, por exemplo, recentemente, em G. BURDEAU, *Les libertés publiques*<sup>3</sup>, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1966, pp. 71-74.

11 — Veja-se, porém, sobre o assunto, a corajosa tese em sentido contrário, proposta por Maurice DUVERGER nas suas *Institutions politiques et Droit constitutionnel*<sup>8</sup>, Paris, Presses Universitaires de France, 1965, pp. 652-654, tese que, no entanto, não teve acolhida na jurisprudência e na doutrina francesas. Cfr., sobre o assunto, as referências doutrinárias e jurisprudenciais em Ludger BUERSTEDDE, *Kontrolle der rechtsetzenden Gewalt durch Conseil constitutionnel und Conseil d'Etat nach der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 12 (1963), pp. 163-164, e em Salo ENGEL, *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, in *Inter-American Law Review*, 6 (1964), pp. 68-72; e veja-se Francine BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1966, p. 17; C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 127 s.

Presidente do *Sénat*. Além de várias funções, que aqui não nos interessam — como, por exemplo, o controle da regularidade das eleições presidenciais e das eleições parlamentares (12) — o *Conseil Constitutionnel* tem, também, a função que os juristas franceses chamam de “le contrôle de la constitutionnalité des lois”. Este controle desenvolve-se do seguinte modo: quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está definitivamente elaborado, mas ainda não promulgado, o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou de outra Câmara do Parlamento (isto é, da *Assemblée Nationale* ou do *Sénat*) pode remeter o próprio texto legislativo ou o tratado ao *Conseil Constitutionnel*, a fim de que este se pronuncie sobre sua conformidade à Constituição. Para algumas leis, ditas “orgânicas” (“lois organiques” de que se pode dizer,  *grosso modo*, que concernem especialmente à organização dos poderes públicos), o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é, ao contrário, sempre obrigatório. O *Conseil Constitutionnel* deve decidir dentro de um mês ou, em certos casos, dentro de oito dias; neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa. O pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é emitido por maioria de votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento em que não existem verdadeiras partes, embora sendo admitida, na prática, a apresentação de memoriais escritos por parte dos órgãos interessados (13). Se o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* for no sentido da inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada nem poderá, por conseguinte, entrar em vigor, senão depois da revisão da Constituição.

12 — Cfr., em geral, Marcel WALINE, *The Constitutional Council of the French Republic*, in *The American Journal of Comparative Law*, 12 (1963), p. 483 ss.

13 — Cfr. BUERSTEDDE, *Kontrolle*, cit., pp. 169-170; Charles EISENMANN/Léo HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français (1875-1961)*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 264 ss., 279-280; L. FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 83 (1967), pp. 100 ss., 103 ss.

É suficientemente clara — e, de resto, mais ou menos reconhecida por numerosos estudiosos franceses (14) — a natureza não propriamente jurisdicional da função exercida pelo *Conseil Constitutionnel*: e isto não apenas, como escreve um autor (15), pela natureza antes política que judiciária do órgão, natureza que se revela quer, na escolha e no *status* dos membros que dele fazem parte, quer, sobretudo, nas diversas competências do próprio órgão e nas modalidades de seu operar; mas também e especialmente pelo caráter *necessário*, pelo menos no que diz respeito às leis orgânicas, do controle que se desenvolve, portanto, sem um verdadeiro recurso ou impugnação de parte (*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio!*), bem como pelo caráter *preventivo* da função de “controle” por aquele órgão exercida (16). Tal função vem, na verdade, a se inserir — necessariamente, no que concerne às “leis orgânicas”, e somente à instância de certas autoridades políticas, no que se refere a outras leis — no próprio *iter* da formação da lei na França: é, afinal de contas, não um verdadeiro controle (*a posteriori*) da legitimidade constitucional de uma lei para ver se ela é ou não é válida e, por conseguinte, aplicável, mas, antes, um ato (e precisamente um parecer vinculatório) que vem a se inserir *no próprio processo de formação da lei* — e deste processo assume, portanto, a mesma natureza (17).

14 — Cfr., por exemplo, sobre o assunto, COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., pp. 35 s., 127; Id., *Les libertés publiques en France*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, VII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé — Uppsala 1966. Contributions françaises: Etudes de droit contemporain*, Paris, Editions Cujas, 1966, p. 438; BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., pp. 33, 34, 37 s.; EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., pp. 256-257; novas referências *infra*, cap. III, § 8, nota 76, e também em BUERSTEDDE, *Kontrolle*, cit. pp. 149-150; não convencem as opiniões de FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., p. 115 ss., e de E. MASSART, *Il controllo di legittimità costituzionale nella nuova Costituzione francese*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, Cedam, 1961, pp. 603, 612 s.

15 — BUERSTEDDE, *Kontrolle*, cit., pp. 149-150; no mesmo sentido EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., p. 286. Veja-se, porém, FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., pp. 66 ss., 86 s.

16 — Cfr., a este propósito, F. PIERANDREI, *verbete Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 887-888 *sub b*.

17 — Cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 121 (o *Conseil Constitutionnel* deve “als ein Glied des Gesetzgebungsapparats angesehen werden”). Com isto não se nega, absolutamente, como parece crer FAVOREU, *op. cit.*,

Um outro típico exemplo de controle político — não judicial — pode ser oferecido, de resto, pela própria Constituição italiana, a qual prevê, contudo, como veremos, também um controle propriamente judicial, confiado à Corte Constitucional (18). Tal controle político compete, na Itália, ao Presidente da República que tem, é certo, o dever de

---

p. 5 ss., especialmente nas pp. 14 ss., 46 ss., 64 ss. (o qual admite, porém, encontrar-se em posição polêmica com a prevalente opinião doutrinária francesa, cfr. *op. cit.*, p. 64), que a atividade do *Conseil Constitutionnel* seja uma atividade jurídica e não meramente política. O “parecer vinculatório” do *Conseil Constitutionnel* é, certamente, um parecer jurídico (de constitucionalidade) e não uma mera avaliação de oportunidade política, sem com isto assumir, porém, o caráter de um verdadeiro julgamento em sentido jurisdicional. A verdade é, porém, que se podem, também, tranquilamente, transcurar tais disquisições de caráter terminológico e definidor, que não conduzem a qualquer resultado. Importante é, antes, observar, objetivamente, a realidade das coisas, sem preconceitos dogmáticos ou preocupações políticas, das quais parece fortemente ressentir-se a ampla exposição de FAVOREU, que é toda um elogio, na verdade pouco profundo tanto do ponto de vista dogmático como comparativo, da instituição francesa. E uma objetiva observação apresenta-nos, na França, um tipo de controle de constitucionalidade muito limitado, e à luz de uma pesquisa comparativa, decididamente, rudimentar: e isto não tanto pela limitação das garantias “judiciárias” (independência, imparcialidade) do órgão ao qual ele é confiado, quanto pelos gravíssimos limites *subjetivos* (só quatro órgãos legitimados ao recurso), *objetivos* (incontrolabilidade, por parte do *Conseil Constitutionnel*, dos decretos com força de lei do executivo, os quais na V República assumem uma extensão impressionante, a tal ponto de cobrirem, por exemplo, todo o campo do processo civil, cfr. H. SOLUS/R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, Sirey, 1961, n. 78, p. 67 s) e *temporais* do aparelho que pode colocar em movimento o próprio controle, um controle que não pode mais ocorrer depois da promulgação da lei. Trata-se, como é óbvio, de um sistema que transcura, além de tudo, o caráter necessariamente dinâmico e evolutivo tanto da lei ordinária quanto da própria norma constitucional, a impossibilidade, pois, de prever desde o início — antes da promulgação — cada significado possível da lei e da norma e cada aspecto, portanto, de uma possível inconstitucionalidade. Os limites e a pouca importância prática do sistema francês de controle são bem espelhados, de resto, pelo número extremamente exíguo de casos em que a função do *Conseil Constitutionnel*, em matéria de controle de constitucionalidade das leis, foi exercida: cfr. os dados estatísticos, atualizados até dezembro de 1966, em FAVOREU, *op. cit.*, pp. 89, 118, nota 302; cfr. também COLLIARD, *Les libertés publiques en France*, cit., p. 438 (“aucune loi ordinaire n’a été déférée au Conseil depuis 1958”).

18 — A Constituição italiana prevê antes, para ser exato, pelo menos dois tipos de controle político. Além daquele de que se fala a seguir no texto, deve realmente ser recordado também aquele que pertence ao Governo Central em relação às leis regionais, nos termos do art. 127, parágrafos 1º a 3º, da Carta Constitucional. Cfr., por exemplo, Carlo ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, V (1950), parte I, pp. 294-295.

promulgar as leis aprovadas pelo Parlamento, mas que pode, quando o julgue oportuno, suspender esta promulgação, pedindo às Câmaras, com mensagem motivada, que submetam o texto legislativo a uma nova deliberação. De conformidade com a Constituição (art. 74, parágrafo 2º), se as Câmaras, em nova deliberação, aprovam novamente a proposição da lei a elas devolvida pelo Presidente da República, este é definitivamente obrigado a promulgá-la. Entretanto, uma autorizada doutrina (19) interpreta restritivamente esta disposição. Porque é, deveras, fundamental dever do Presidente da República observar e fazer observar a Constituição (art. 90 e 91 da Const.), sustenta-se que, se o texto legislativo novamente aprovado pelas Câmaras é julgado inconstitucional pelo Presidente, ele não está obrigado a promulgá-lo, ao contrário, está obrigado a recusar-lhe a promulgação (20). Pelo que poderá nascer, neste caso, um daqueles “conflitos de atribuição entre os poderes do Estado” — na espécie, entre o Presidente da República e o Parlamento — sobre os quais poderá ser chamada a decidir em extrema instância a Corte Constitucional, de modo que “o controle político”, exercido pelo Presidente da República, acabará, de resto, por desaguar ele mesmo no controle de um órgão que, como ainda veremos, tem, ao contrário, caráter jurisdicional (21).

§ 3. Por razões muito diversas daquelas por que, tradicionalmente, foi excluída, na França, a possibilidade de um controle *jurisdicional* de constitucionalidade das leis — razões a que já se aludiu e que re-examinaremos a seguir (cap. III, § 8) — análoga exclusão se encontra, também, nos ordenamentos de regime socialista. Na França, a idéia que está na base de tal exclusão é, principalmente, a da separação dos poderes e a conseqüente inoportunidade de qualquer interferência do poder judiciário na atividade legislativa das assembleias populares; na União

---

19 — Cito, por todos, Piero CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, XI (1956), parte I, pp. 18-19.

20 — Pela afirmação de uma análoga “Gesetzesprüfungskompetenz” do *Bundespräsident* na República Federal Alemã, vejam-se referências atualizadas em K.-H. HALL, *Überlegungen zur Prüfungskompetenz des Bundespräsidenten*, in *Juristenzeitung*, 20 (1965), p. 305 ss., especialmente pp. 306-307.

21 — Analogamente, de novo, na Alemanha: Cfr. HALL, *op. ult. cit.*, pp. 306 in fine - 307 initio.

Soviética e nos outros Países socialistas, a idéia base é, ao contrário, exatamente a da negação da “doutrina burguesa” da separação dos poderes, que devem ser reunidos em um único órgão supremo, de direta emanção popular (22). Por isso as leis, emanando de tal órgão supremo (Soviet Supremo, Assembléia Popular), cujos componentes foram eleitos pelo povo — fonte de todo poder — representam a vontade de todo o povo soberano (23). E é, precisamente, deste princípio da unidade dos poderes e da supremacia do povo que deriva, como corolário, a inadmissibilidade, pelos ordenamentos do tipo socialista, de um controle de constitucionalidade que seja exercido por órgãos extra-parlamentares, estruturado no tipo daquele oferecido pelas experiências jurídicas dos Países da Europa ocidental ou dos Estados Unidos da América (24).

Por outro lado, tampouco se deve esquecer a diversidade com que é entendida, no Oriente e no Ocidente, a própria idéia de Constituição. Enquanto esta é considerada, na Europa ocidental, como um conjunto de regras e de princípios, por tendência, permanentes, exprimindo as normas de valor mais elevado de todo o ordenamento estatal e também a vontade ou o programa de sua concreta realização, a situação se apre-

22 — Sobre o princípio da unidade dos poderes e sobre as suas aplicações na U.R.S.S., veja-se, por exemplo, recentemente, R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains (Droit comparé)*<sup>2</sup>, Paris, Dalloz, 1966, pp. 208-214. Sobre os desenvolvimentos que o mesmo princípio teve na nova Constituição iugoslava, cfr. J.-P. FERRETIANS, *La Constitution du 7 avril 1963 de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et l'unité marxiste du pouvoir d'état*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 79 (1963), pp. 939, 942 ss.

23 — A. Y. VYSHINSKY, *The Law of the Soviet State*, New York, The Macmillan Company, 1961, pp. 337-338; A. M. VASIL'EV, in *Teorija gosudarstva i prava*, a cargo de K. A. MOKICHEV, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1965, p. 372; A. F. SHEBANOV, verbete *Zakon*, in *Entsiklopedicheskij Slovar' Pravovykh Znanij (Sovetskoe pravo)*, a cargo de V. M. CHKHIKVADZE e outros, Moskva, Izd. Sovetskaja Entsiklopedija, 1965, p. 41.

24 — P. KASTARI, *Le caractère normatif et la prééminence hiérarchique des constitutions*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 18 (1966), pp. 843, 845-846; S. ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, em P. BISCARETTI DI RUFFIA/S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, pp. 107-108. Para uma crítica, conduzida do ponto de vista das concepções soviéticas, do controle de constitucionalidade efetuado nos U.S.A., veja-se VYSHINSKY, *The Law of the Soviet State*, cit., pp. 339-340.

senta em termos bastante diversos na U.R.S.S. e nos outros Países socialistas. Aqui, na verdade, a Constituição é concebida, antes, como uma superestrutura das relações econômicas, como um quadro dos resultados conseguidos, que tem em vista apenas *descrever* — mais ainda que a *pre-screver* — uma ordem econômico-social em ação (25). Disto resulta que a Constituição em sentido “material” e a Constituição em sentido “formal”, ou seja, a situação determinada pelas reais forças políticas dominantes em uma sociedade socialista, por um lado, e o texto escrito da Lei Fundamental, por outro, deveriam refletir-se fielmente uma na outra. Contudo, disto nasce, também, a possibilidade de que um decreto ou uma ordenança mudem, em um certo momento, a ordem econômico-social até então existente e de que a Constituição a ela se adapte, formalmente, só em um momento posterior, quando, com o especial processo estabelecido para sua revisão, se venha a ratificar, solenemente, a transformação já acontecida (26).

25 — Cfr. J. BEËR, *The Normative Character of the Constitution of the Hungarian People's Republic*, in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, 1960, tomus II, fasc. 3/4, pp. 246-247; KASTARI, *Le caractère normatif*, cit., p. 843 s.; FERRETIANS, *La Constitution du 7 avril 1963*, cit., p. 940 ss.; e, de modo particular, Michel MOUSKHÉLY, *La notion soviétique de constitution*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 61 (1955), pp. 894 ss., especialmente na p. 897 e s., que cita um texto de STALIN segundo o qual, precisamente, a Constituição soviética não consiste em um programa das conquistas futuras, mas em um “balanço e uma consagração legislativa das conquistas já obtidas”; cfr. também Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, no vol. *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, suplemento de *La Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1957, p. 14 s. Vejam-se, porém, as ponderações de P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Quelques considérations finales sur les différentes significations et valeurs de la Constitution en Europe Occidentale et dans les Etats socialistes européens*, em BISCARETTI DI RUFFIA/ROZMARYN, *La Constitution etc.*, cit., pp. 125-126; e de Stefan ROZMARYN, *Quelques questions de la théorie des constitutions socialistes*, in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1966, p. 881 ss., especialmente p. 883 s.

26 — Sobre o processo de revisão da Constituição nos Países socialistas, cfr., por exemplo, ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, cit., pp. 114-118; BISCARETTI DI RUFFIA, *Quelques considérations*, cit., p. 123 s., onde é salientado, porém, o pouco rigor com que se impõem nos Países socialistas as formalidades prescritas para o procedimento de revisão constitucional. Este pouco rigor é, porém, criticado por I. N. KUZNETSOV, *Zakonodatel'naja i ispol'nitel'naja dejatel'nost' vysshikh organov vlasti*, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1965, p. 120, o qual observa que toda modificação, mesmo de detalhe, na Constituição, deveria ser feita diretamente pelo Soviet Supremo da U.R.S.S.

Tudo isto não significa que as Cartas constitucionais dos vários Países socialistas ignorem a problemática do controle de constitucionalidade; ao contrário, elas a conhecem e resolvem-na, naturalmente, com soluções em harmonia com os princípios fundamentais do sistema. Tomemos para exame, por exemplo, a Constituição da U.R.S.S., atualmente em vigor, promulgada em 5 de dezembro de 1936. Ela textualmente estabelece, no art. 14, que: "São de competência da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, representada por seus órgãos supremos do poder estatal e pelos órgãos da administração estatal: [...] d) o controle sobre a observância da Constituição da U.R.S.S. e a garantia da conformidade das Constituições das Repúblicas da União com a Constituição da U.R.S.S." (27). Esta é a única norma que o constituinte soviético dedicou ao problema do controle de constitucionalidade. Dela é possível extrair quais sejam os órgãos titulares de tal função de controle: o art. 14, na verdade, falando dos "órgãos supremos do poder estatal" pretende, seguramente, referir-se ao Soviet Supremo da U.R.S.S. (órgão *grosso modo* assimilável ao Parlamento dos Países ocidentais) e ao seu Presidium (órgão colegiado composto de 33 membros eleitos pelo próprio Soviet) que, nos intervalos entre as sessões, brevíssimas, do Soviet Supremo exercita-lhe os poderes, neles compreendidos aqueles relativos ao controle de constitucionalidade (28). Quanto aos "órgãos da admi-

27 - Tradução feita no texto atualizado da Constituição soviética, publicado em Moscou em 1965: cfr. *Konstitutsija (Osnovnoj Zakon) Sojuza Sovetskikh Sotsialisticheskikh Respublik*, Moskva, Izvestija sovetov deputatov trudjashchikhsja SSSR, 1965.

28 - Sobre os poderes em matéria de controle de constitucionalidade, atribuídos ao Presidium do Soviet Supremo, cfr. M. MOUSKHÉLY/Z. JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, Paris, Presses Universitaires de France, 1961, p. 172; A.V. MITSKEVICH, in *Obshaja teorija sovetского prava*, a cargo de S.N. BRATUS' e I.S. SAMOSHCHENKO, Moskva, Juridicheskaja Literatura, 1966, pp. 143-144; v., também, E. V. SHORINA, in *Pravovye garantii zakonnosti v SSSR*, a cargo de M. S. STROGOVICH, Moskva, Akademia Nauk SSSR, 1962, p. 60 texto e nota 23, o qual recorda um precedente interessante de controle, por parte do Presidium do Soviet Supremo da U.R.S.S., em relação à República Socialista Soviética da Moldávia, cujo art. 113 foi considerado em contraste com os artigos 134 e 135 da Constituição Federal. Depois deste controle, dito art. 113 foi modificado. Tal precedente remonta a 1948.

Para uma crítica soviética à brevidade da duração das sessões do Soviet Supremo da U.R.S.S. (de regra, 3 ou 4 dias, só duas vezes por ano), Cfr. M. A. SHAFIR, *Organizatsija raboty Verkhovnogo Soveta SSSR i ee pravovoe zakreplenie*, in *Pravovedenie*, 10 (1966), fasc. 3, pp. 20-21.

nistração estatal", devem ser identificados, de acordo com o disposto nos artigos 64 e 72 da Constituição soviética, no Conselho de Ministros da U.R.S.S. e nos Ministros da U.R.S.S. individualmente considerados (29), eleitos pelo Soviet Supremo (30).

Em face do disposto no art. 14 e pela natureza puramente política e não judiciária dos órgãos aos quais ele atribui o dever de tutelar a observância da Constituição, parece-nos exato dessumir, como também por outros tem sido feito (31), o caráter puramente político e não judicial do próprio controle (32), controle que terá por objetivo a manu-

29 - Cfr. A. DENISOV/M. KIRICHENKO, *Soviet State Law*, Moscow, Foreign Languages Publishing House, 1960, p. 247.

30 - Sobre a eleição do Conselho de Ministros por parte do Soviet Supremo, cfr. o art. 56 da Constituição soviética.

31 - Cfr. BATTAGLINI, *Contributo*, cit., p. 721; bem como os autores citados na nota 33.

32 - Que nos Países socialistas, com a única exceção da Iugoslávia, não existe nem um poder "difuso" dos juízes de controlar a constitucionalidade das leis, nem um órgão judiciário especial investido de tal controle, é acentuado, motivadamente, por ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, cit., p. 107 ss., o qual, no entanto, acentua, oportunamente, também o fato de que tal situação é relevante apenas para as leis promulgadas depois da Constituição, mas não para as leis anteriores ("lois pré-constitutionnelles") as quais, se contrárias à Constituição posterior, devem ser consideradas, automaticamente, *abrogadas* pelo princípio "lex posterior derogat legi priori" (ROZMARYN, *op. cit.*, pp. 100-101, 109). Todavia, ROZMARYN, *op. cit.*, p. 110 s., informa ainda que nos Países socialistas não faltam, "parmi les juristes, parfois aussi dans certains partis politiques", "des opinions en faveur de l'introduction du contrôle judiciaire"; e que a recente Constituição romena de 1965, embora sem admitir um controle *judicial* como o adotado, em 1963, pela Iugoslávia (do qual teremos neste volume ocasião de tornar a falar, *infra*, cap. III, § 2 *in fine*), instituiu no seio do Parlamento uma "Commission Constitutionnelle, élue par le Parlement" e da qual podem fazer parte, até o máximo de um terço do número total dos membros da própria Comissão, também especialistas que não sejam membros do Parlamento. A Comissão, nos termos do art. 53 da Constituição, tem o dever de apresentar "à la Grande Assemblée Nationale des rapports et des avis" sobre a constitucionalidade dos projetos legislativos "de sa propre initiative ou à la demande des organes prévus au règlement de fonctionnement de la Grande Assemblée Nationale". Acrescenta ROZMARYN, *op. cit.*, p. 111, que, pessoalmente, não veria, *de jure condendo*, qualquer obstáculo doutrinário ou político na atribuição, nos Países socialistas, de uma tal função consultiva à Corte Suprema, ao invés de a uma Comissão de nomeação parlamentar, dado que nem em tal caso se teria atentado algum "à la position souveraine de l'organe représentatif suprême".

Quanto a uma tendência para instituir também na Hungria uma "Commission Constitutionnelle" semelhante à romena, veja-se, recentemente, I. KOVÁCS, *Les sources du droit de la République Populaire Hongroise*, in *Revue internationale de droit comparé*, 19 (1967), p. 674.

tenção dos órgãos políticos e dos indivíduos dentro dos binários da Constituição, enquanto não se considere esta última superada e, por isto, suscetível de revisão (33).

Nem é este caráter não jurisdicional do controle a única particularidade que apresenta o sistema constitucional soviético. Dele há uma outra que nos parece muito interessante. O art. 14 da Constituição de 1936, como foi visto, não limita a particulares categorias de atos a função de controle por ele atribuída aos órgãos aí indicados (Soviet Supremo, Presidium, Conselho de Ministros e Ministros individualmente considerados); pelo que nada proíbe que o controle seja exercido por tais órgãos também em face de atos legislativos e, em geral, de todos os atos normativos. Entretanto, é preciso logo acentuar a peculiar situação que, a este respeito, foi criada na União Soviética. No ordenamento deste País existe uma multiplicidade de órgãos dotados de poderes normativos, com a consequência de que não é fácil traçar um quadro exato das várias fontes do direito (34) nem das relativas relações hierárquicas, que

33 – Vejam-se, no mesmo sentido, MOUSKHÉLY/JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., pp. 170-173 e já antes, MOUSKHÉLY, *La notion soviétique de constitution*, cit., pp. 906-908. É verdadeiro que a formal revisão da Constituição requer um processo particular, de competência do Soviet Supremo, de modo que, também, a Constituição soviética deve ser considerada rígida. Na prática, porém, já que, entre os órgãos de controle, estão, também, o Conselho de Ministros da U.R.S.S. e os Ministros individualmente considerados, além do Presidium, uma vez que estes órgãos julguem que a Constituição em sentido formal não corresponde mais à situação econômica do momento, eles poderão expedir atos normativos que contrastem com a própria Constituição, atos que serão, posteriormente, submetidos à aprovação – de fato nunca negada – do Soviet Supremo. A revisão da Constituição em sentido formal será, portanto, realizada pelo Soviet Supremo posteriormente à adequação realizada pelos outros órgãos constitucionais. Para uma documentação de tudo acima, vejam-se: P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Lineamenti generali dell'ordinamento costituzionale sovietico*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 87, nota 113; R. MAURACH, *Handbuch der Sowjetverfassung*, München, Isaac Verlag, 1955, p. 174; E. ZELLWEGER, *The Principle of Socialist Legality*, in *Journal of the International Commission of Jurists*, 1964, pp. 193-194; uma referência muito explícita também em ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, cit., p. 114, nota 24.

34 – Vejam-se, sobre este ponto, R. DAVID, *Les données fondamentales du droit soviétique*, in R. DAVID/J. H. HAZARD, *Le droit soviétique*, vol. I, Paris, 1954, p. 225 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, *Lineamenti generali*, cit., p. 85 ss.

os próprios autores soviéticos deixam com freqüência na sombra (35). Bastará, porém, a nossos objetivos, aludir ao fato de que a legislação do Estado soviético é alimentada por três fontes principais: as “leis”, aprovadas pelo Soviet Supremo da U.R.S.S.; os “decretos”, emanados do Presidium do Soviet Supremo; e as “ordenanças”, emanadas do Conselho de Ministros da U.R.S.S. (36). Pois bem, nós vimos, portanto, que na União Soviética existe esta situação: que os órgãos, aos quais o art. 14, d, da Constituição soviética atribui o dever de controlar (entre outros) a constitucionalidade dos atos normativos, são os mesmos órgãos (Soviet Supremo, Presidium e Conselho de Ministros da U.R.S.S.) de que tais atos emanaram. Por isso, parece legítimo perguntar-se se é, então, verdadeiramente exato falar aqui de um “controle” (ainda que político) de constitucionalidade das normas, a partir do momento em que o órgão que deve ser controlado e o órgão de controle ou coincidem ou, pelo menos, estão entre si em relação estreitíssima (o Presidium e o Conselho de Ministros da U.R.S.S. são, como foi dito, eleitos pelo Soviet Supremo).

Semelhante situação, é necessário sublinhá-lo, parece, porém, a única compatível com os princípios fundamentais de um ordenamento de tipo comunista: dado, na verdade, que nele a vontade do povo, expressa pelo órgão que é sua direta emanção (Soviet Supremo na U.R.S.S., Assembléia Popular ou Assembléia Nacional em outras partes), representa a suprema fonte jurídica, a nenhum, senão a este mesmo órgão, pode ser atribuído o poder de controlar a legitimidade constitucional de suas próprias deliberações (37). Isto é tão verdadeiro que a situação ora exposta acerca da U.R.S.S. encontra-se, substancialmente, imutada nos outros Países de democracia popular (38), com exce-

35 – Cfr. em MOUSKHÉLY/JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., p. 216, a referência a alguns estudiosos soviéticos que trataram do assunto; a estes dedicou-se R. O. KHALFINA, *O problematike teorii gosudarstva i prava v svjazi s zadachei sovershenstvovanija zakonodatel'stva*, in *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1964, fasc. 9, p. 46 ss.

36 – As leis é atribuído o máximo valor jurídico; cfr. VASIL'EV, in *Teorija gosudarstva i prava*, cit., pp. 372, 376.

37 – Cfr. SHORINA, in *Pravovye garantii*, cit., p. 62.

38 – Veja-se, de fato, a detalhada análise feita, País por País, por BATTAGLINI, *Contributo*, cit., pp. 722-750. Cfr., também BISCARETTI DI RUFFIA, *La Constitution, en tant que loi fondamentale, en Europe Occidentale*, in BISCARETTI DI RUFFIA/ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale etc.*, cit., p. 71.

ção apenas da Iugoslávia que, única entre as várias nações socialistas, instituiu recentemente, como veremos (*infra*, cap. III), um sistema “concentrado” de controle judicial de constitucionalidade das leis.

Para voltar, em conclusão, ao ordenamento constitucional soviético, parece-nos interessante citar — sempre sob o aspecto do controle de constitucionalidade das disposições normativas — o disposto no art. 49, letra f, da Constituição soviética vigente, o qual atribui ao Presidium do Soviet Supremo da U.R.S.S. também o poder de anular “as ordenanças e as ordens do Conselho de Ministros da U.R.S.S. e dos Conselhos de Ministros das Repúblicas na União se elas não estão conforme a lei”. Ora, uma vez que a Constituição da U.R.S.S. é, certamente também ela, uma “lei”, em teoria pode acontecer que um ato normativo do Conselho de Ministros da U.R.S.S. seja anulado pelo Presidium, porquanto constitucionalmente ilegítimo, embora se creia que não existam precedentes neste sentido (39). Pode-se, outrossim, salientar que o artigo há pouco recordado não pretende disciplinar de modo específico a hipótese da *inconstitucionalidade* dos atos do Conselho de Ministros, mas ao invés, mais genericamente, a de sua *ilegitimidade*: a tutela da Constituição, em outros termos, seria, de qualquer modo, apenas eventual (40).\*

39 — MOUSKHÉLY/JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., p. 172, escrevem que “les ouvrages soviétiques ne citent aucun précédent”.

40 — O controle de constitucionalidade previsto pela vigente Constituição da U.R.S.S. que delineamos no texto, detendo-nos apenas nos pontos essenciais, se diferencia em parte do sistema previsto pela Constituição antes em vigor, promulgada em 1923. Segundo esta última, o controle de constitucionalidade tinha também sempre natureza política, porque confiado a um órgão político (o Comitê Central Executivo da U.R.S.S., equivalente ao hodierno Soviet Supremo). Todavia, segundo a Constituição de 1923, existia, também, um controle de constitucionalidade confiado a um órgão judiciário. O art. 43 daquela Constituição, de fato, atribuía ao Tribunal Supremo da U.R.S.S. a função de dar “o próprio parecer, a requerimento do Comitê Central Executivo da U.R.S.S., sobre a constitucionalidade dos decretos das Repúblicas da União”. A decisão final, porém, pertencia sempre ao Comitê Central Executivo, o qual não estava vinculado ao parecer emitido pelo Tribunal Supremo. Consultem-se, sobre o assunto, MOUSKHÉLY/JEDRYKA, *Le Gouvernement de l'U.R.S.S.*, cit., pp. 170-171; BATTAGLINI, *Contributo*, cit., pp. 715-720; podem ser vistos também S. CATINELLA, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1934, pp. 126-129; AZZARITI, *I vari sistemi* etc., cit., p. 13 s.

\*N.T. Embora esteja em vigor, atualmente, na U.R.S.S., a Constituição de 7 de outubro de 1977, a situação descrita no texto permanece inalterada (cfr. artigos 73, item XI, 121, item VII, e artigos 128 e 129 da Constituição da U.R.S.S. de 7 de outubro de 1977).

§ 4. Já que o discurso veio se concentrando, nesta parte preliminar de nosso estudo, nos tipos de controle não judicial, antes, político, de constitucionalidade, parece oportuno concluir este capítulo com algumas referências ao instituto, de origem francesa, da Cassação que, se de fato foi depois radicalmente transformado, surgiu também ele, originariamente, como *instituto — não jurisdicional — de “controle constitucional”* (41).

Vamos assim tratar, ainda que incidentalmente, de um instituto que, sob certos aspectos, não só se diferencia, mas, com certeza, contrasta, decididamente, com o do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. E, no entanto, a Cassação é, pelo contrário, um instituto privado de estreitas e significativas relações com o nosso tema: os desenvolvimentos históricos do máximo instituto de garantia constitucional mexicano, o *juicio de amparo*, foram, por exemplo, exatamente, no sentido de fundir nele as funções da justiça constitucional com a função que na França, na Itália e em outros Países é, ao invés, própria do diverso e autônomo instituto da Cassação, isto é, com a função, também ela extremamente importante em um Estado de direito, do *controle de legalidade*.

O instituto da Cassação, repito, nasceu na França com a Revolução. Com efeito, como demonstrou, em estudos bem conhecidos, Piero Calamandrei (42), a idéia de uma *querela nullitatis*, isto é, de um meio de impugnação, diverso da apelação, com o qual pudesse impugnar-se

41 — Um outro instituto que, originariamente, se configurou como órgão não judicial de controle, foi o *Privy Council* inglês (sobre o qual v. também *infra*, cap. II, § 4 texto e notas 57-58). Apenas em tempos relativamente recentes o *Privy Council* foi transformado em uma verdadeira Corte judiciária. Cfr. por exemplo, E. C. S. WADE/G. G. PHILLIPS, *Constitutional Law*, 7th ed. by E. C. S. WADE and A. W. BRADLEY, London, Longmans, 1965 (repr. 1966), pp. 471-477; Sir G. RANKIN, *The Judicial Committee of the Privy Council*, in *The Cambridge Law Journal*, VII (1939), p. 2 ss.

42 — Cfr. especialmente P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, Torino, Bocca, 1920; v. também o verbete *Cassazione civile* no *Nuovo Digesto italiano*, II, Torino, UTET, 1937; cfr. também E. GLASSON/A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*<sup>3</sup>, I, Paris, Sirey, 1925, p. 253 ss.

perante um juiz superior uma sentença afetada por certos erros de processo ou, também, de direito substancial, encontrava-se já plenamente posta em prática no direito estatutário italiano medieval e foi, depois, aperfeiçoada no Direito comum. E na França, já antes da Revolução, verificamos que uma *demande en cassation*, sob certos aspectos semelhante à *querela nullitatis* do Direito italiano e comum, podia ser proposta ao Soberano, que dela tomava conhecimento através do *Conseil des Parties*, isto é, através de uma secção, propositadamente para isto especializada, do próprio Conselho de Governo. Tal *demande en cassation* era dirigida contra as sentenças dos *Parlements*, ou seja, dos órgãos de justiça de última instância surgidos em várias cidades da França. O instituto da *demande en cassation*, que vinha, portanto, a se inserir na luta secular desenvolvida, na França, entre a monarquia centralizadora e as tendências descentralizadoras dos *Parlements*, podia dar lugar à anulação (*cassation*, de *casser* que significa exatamente romper, anular), por parte do Soberano, das sentenças proferidas com violação de ordenanças régias.

Mas se o arquétipo do atual juízo de cassação pode-se encontrar já na *querela nullitatis* e na *demande en cassation* pré-revolucionária, o verdadeiro ato de nascimento de Cassação moderna se tem, porém, tão-só com a legislação e com as ideologias da Revolução. As ideologias eram aquelas teorizadas nos escritos de Rousseau e de Montesquieu, da onipotência da lei, da igualdade dos cidadãos perante a lei e da rígida separação dos poderes, na qual ao juiz — passiva e “inanimada” *bouche de la loi* — competia o único dever de aplicar aos casos concretos o texto da lei, um dever concebido como puramente mecânico e em nada criativo. O *Tribunal de Cassation* foi instituído, exatamente, por decreto de 27 de novembro — 1 de dezembro de 1790, como um *órgão não judicial de “controle constitucional”*, em outras palavras, órgão colocado junto do poder legislativo — “il y aura près du Corps législatif un Tribunal de cassation”, como, de modo muito preciso, textualmente proclamava o decreto de 1790 — para evitar que os órgãos judiciários, no exercício de suas funções, invadissem a esfera do poder legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis. Não obstante o nome de *Tribunal* — nome que será transformado posteriormente em “Cortes”, *Cour* — o *Tribunal de Cassation* teve, no entanto, na origem, natureza essencialmente *legislativa e política* e, de qualquer maneira,

com certeza, *não judicial*: ele foi, como o definiu Calamandrei, “um *offício de natureza constitucional, destinado a manter na sua integridade o cânone da separação dos poderes*”, que foi considerado ser “a primeira condição para a normal existência do Estado” (43). Precisamente, em consideração desta sua função, foi proposto que o *Tribunal de Cassation* fosse, ao invés, chamado de *Conseil National Pour la Conservation des Lois*, um nome que, por certo, teria mais eficazmente indicado a função originária daquele órgão, isto é, a função de impedir, utopicamente, que a interpretação das leis caísse na esfera de um órgão pertencente a um poder diverso do legislativo.

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses:\* a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a repetir a absurda tentativa justinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo (44) (é o assim chamado *référé facultatif*, suprimido, juntamente com a proibição da interpretação judicial, pelo Code Napoléon) (45). Por outro lado, como não deviam existir interferências do poder judiciário na esfera do legislativo, nem mesmo *sub specie interpretationis*, assim não devia tampouco acontecer o inverso: e por is-

43 — CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, cit., p. 448; para uma referência neste sentido cfr. recentemente E. T. LIEBMAN e G. SABATINI, *Origini ed evoluzioni della Corte di Cassazione in Italia. Struttura e funzionamento dell'istituto. Rapporti con la Corte costituzionale*, in *Le Corti Supreme*, Atti del Convegno CIDIS, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 33 e 41.

\*N.T. V. Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 20.

44 — “Ils [les tribunaux] ne pourront point faire des règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle”, art. 12, titre II, loi des 16-24 août 1790.

Para um exame do artigo em questão e das várias fases que levaram à sua elaboração definitiva, v. o interessante estudo de Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965, especialmente p. 29 ss.

45 — Cfr. HUFTEAU, *op. ult. cit.*, p. 50 ss.

so, o *Tribunal de Cassation*, muito embora podendo *anular*, a requerimento do particular (ou também de ofício, “dans l'intérêt de la loi”), as sentenças que contivessem “une contravention expresse au texte de la loi”, devia, porém, abster-se então, rigorosamente, “para não usurpar funções judiciais que não lhe competiam, de pronunciar-se, por qualquer modo sobre a interpretação da lei ou sobre a decisão da controvérsia” (46). Para a nova decisão da controvérsia, o *Tribunal de Cassation* remetia ao assim chamado “giudice di rinvio”\* que era plenamente livre no seu julgamento e podia, por conseguinte, também rebelar-se contra a censura da Cassação, repetindo, tal qual, a precedente decisão: com a única conseqüência de que, se também a segunda decisão era depois submetida ao *Tribunal de Cassation* e por este cassada, e, no entanto, o segundo “giudice di rinvio” persistia na opinião havida por ilegítima pela Cassação, em tal circunstância tornava-se necessário o denominado *référé obligatoire* ao Corpo Legislativo, o qual emitia um decreto de interpretação da lei, vinculatório — finalmente — para o terceiro “giudice di rinvio” (47).

Contudo, se o instituto da Cassação tivesse permanecido, nos quase dois séculos de sua história, aquilo que ele foi originariamente, neste caso bem dificilmente se poderia conceber uma contraposição mais absoluta e inconciliável entre a idéia, que está na base do instituto da Cassação, e a idéia que inspira, ao invés, todo sistema de controle ju-

46 — Cfr. P. CALAMENDREI, verbete *Cassazione civile*, republicado com atualizações a cargo de C. FURNO, in *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, UTET, 1958, pp. 1060-1061.

\*N.T. O *giudice di rinvio* é o Juiz ao qual a Corte remete o processo para prolatar nova decisão e que é de grau igual ao do Juiz que proferira a decisão anterior, que fora cassada. Cfr. no vigente Direito italiano os artigos 383 e 392 a 394 do Código de Processo Civil (de 28 de outubro de 1940).

47 — “... Mais lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de Cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le Tribunal de Cassation s'y conformera dans son jugement”. Segunda parte do art. 21 da loi des 27 novembre-ler décembre 1790. Cfr., a respeito, HUFTEAU, *Le référé législatif*, cit., pp. 40 ss., 43.

dicial de constitucionalidade das leis. O primeiro instituto é, por assim dizer, a incorporação da idéia da mais radical separação dos poderes, pelo que “la loi c'est la loi” e não já aquilo que os juizes pensam ser a lei. O segundo instituto supõe, ao contrário, que seja confiada a órgãos judiciários não apenas a função de interpretar, mesmo além da letra, o verdadeiro sentido da lei, mas, com certeza, a função de *julgar da validade das leis*, isto é, de sua correspondência com uma norma superior às próprias leis. O primeiro instituto, a cassação, supõe a onipotência da lei positiva, como manifestação da vontade suprema das Assembléias Populares; o segundo, supõe, ao contrário, a sujeição da lei ordinária a uma *lex superior*, subtraída às volúveis oscilações de uma talvez ocasional maioria parlamentar. O primeiro instituto, enfim, supõe a máxima desconfiança (48), o segundo supõe, ao invés, a mais alta confiança nos juizes, quando não, com certeza, a sua “supremacia” no ordenamento constitucional do Estado (49).

De fato, já no início do século XIX, com o atenuar-se do rigor das ideologias revolucionárias, também o *Tribunal de Cassation* francês denominado depois *Cour de Cassation*, foi radicalmente se transformando: e é assim transformado que ele penetrou na Itália e em outros Países, entre os quais recorro, além da Bélgica, da Holanda, de Luxemburgo e da Grécia, também a Espanha, da qual, por quanto posso supor (sem, no entanto, ter realizado pesquisas específicas sobre o assunto), deve ter passado ao México. Reconhecido aos juizes, com o Código de Napoleão, o poder de interpretação das leis, a *Cour de Cassation* tornou-se, na realidade, o supremo órgão *judiciário* de controle dos erros de direito cometidos pelos juizes inferiores. Com a lei de 1º de abril de 1837 foi abolido, também, o *référé obligatoire* e foi disposto que, verificando-se sobre um ponto de direito um contraste entre o primeiro “giudice di rinvio” e a *Cour de Cassation*, o novo pronunciamento da Corte, emi-

48 — “La France — pode escrever ainda hoje um autorizado jurista francês — s'est, depuis la Révolution, toujours défiée du juge”. Assim Georges VEDEL, *Préface* a: BATAILLER, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., p. II.

49 — Sobre a pretendida “supremacia” dos juizes que deriva de seu poder de controlar a validade das leis, lembro o conhecido livro de E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

tido pelas secções reunidas, tivesse não mais apenas um efeito negativo – de anulação – mas, igualmente, um efeito *positivo*, vinculatorio para o segundo “giudice di rinvio”, obrigado a conformar-se à decisão da *Cour de Cassation* sobre o ponto de direito por ela julgado (50). A partir, pois, da fundamental lei de 1.º de abril de 1837, “de modo sempre mais decidido e consciente, a Corte de Cassação tornou-se o que hoje é, ou seja, a Suprema Corte reguladora da interpretação jurisprudencial” (51). Vale dizer, ela se tornou a Corte que exercita o *controle de legalidade* que, ainda agora, óbvia e profundamente, se distingue, e por isto não se contrapõe, nem é, de modo algum, idealmente inconciliável também com um controle da constitucionalidade das leis (52).

50 – “Lorsque après la cassation d’un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant de la même qualité est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la chambre compétente saisit les Chambres réunies par un arrêt de renvoi”. “Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la juridiction à laquelle l’affaire est renvoyée doit se conformer à la décision de la Cour de Cassation sur le point de droit jugé par cette Cour”. Artigos 1.º e 2.º da loi du 1er avril 1837, cujas disposições contidas nos artigos 58 e 60 da loi du 23 juillet 1947, estão, ainda agora, em vigor. Cfr. HUFTEAU, *Le référé législatif*, cit., p. 131 ss.

51 – Cfr. CALAMANDREI, verbete *Cassazione civile*, cit., p. 1061.

52 – Tal conciliabilidade encontra uma demonstração concreta na história jurídica mexicana. O instituto da *casación* penetrara, de fato, como foi referido, também no México, mas foi depois absorvido pelo *juicio de amparo*. Neste instituto concentram-se agora, portanto, ambas as funções: a do *controle de legalidade* dos pronunciamentos dos juízes inferiores, e a do *controle de constitucionalidade das leis*. Cfr. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 ss., 381 s., e lá novas referências.

## Capítulo II

### ALGUNS PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

SUMÁRIO: § 1. O controle judicial de constitucionalidade das leis como “contribuição americana à ciência política”: fundamento histórico parcial desta tese. – § 2. Um precedente ateniense: a distinção entre *nómoi* e *psefismata* e as conseqüências da ilegitimidade destes últimos. – § 3. A concepção medieval do direito e da justiça e a concepção da escola jusnaturalista dos séculos XVII-XVIII. A doutrina da “heureuse impuissance” do Rei de violar as “lois fondamentales du royaume”. – § 4. A luta de Lord Edward Coke pela supremacia da *common law*, “acertada” pelos Juízes, sobre o Rei e sobre o Parlamento; a “glorious revolution” e a supremacia do Parlamento: suas contrastantes conseqüências no Reino da Inglaterra (ausência de um controle judicial de constitucionalidade das leis) e nas colônias e ex-colônias (a *judicial review* nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália, na Índia, etc...).

§ 1. O presente capítulo é dedicado a algumas referências aos precedentes históricos dos modernos sistemas de controle jurisdicional das leis. Trata-se, simplesmente, de referências exemplificativas, e o seu objetivo pretende ser apenas o de mostrar como, ainda que na profunda diversidade das situações concretas e dos instrumentos jurídicos adotados para resolvê-las, a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo *efetivo* através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana.

Em um interessante volume publicado em 1963, em língua espanhola, sob os auspícios da Faculdade de Direito da *Universidad Nacional Autónoma de México*, um conhecido constitucionalista norte-americano

cano, James A. C. Grant, expôs, de maneira brilhante, a tese segundo a qual “el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes” — ou melhor, na terminologia inglesa, a “judicial review of legislation” — é “una contribución de las Américas a la ciencia política”: isto é, a tese de que o controle jurisdiccional das leis representa uma idéia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX, em outros Países das duas Américas e, posteriormente, em outras partes do mundo (1).

A tese de Grant encontra-se claramente enunciada nesta frase (2): “En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política”. Antes, de fato, nunca teria acontecido que um sistema de controle de validade das leis fosse confiado à obra dos tribunais e que tivesse, portanto, caráter *judicial*.

Esta tese contém em si um núcleo importante de verdade; ela é, em outras palavras, substancialmente verdadeira, sem ser, porém, historicamente, de todo correta (3).

Verdadeiro é, de fato, que antes de ter sido posto em prática o sistema norte-americano de *judicial review (of the constitutionality of legislation)*, nos outros Estados — e refiro-me, em particular, aos Estados da Europa — nada de semelhante tinha sido criado. A razão disto é, de resto, facilmente compreensível se se pensa que, precisamente, com a Constituição norte-americana, teve verdadeiramente início a época do “constitucionalismo”, com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias. A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições “rígidas”, contrapostas às Constituições “flexíveis”, ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de proce-

1 — Cfr. James A. C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963.

2 — Id., *op. cit.*, p. 24.

3 — Cfr. também Thomas P. TROMBETAS, *The U.S. Supreme Court and the Federal Constitutional Court of Germany*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 17 (1964), pp. 281-282.

dimentos especiais de revisão constitucional. Pense-se que, por exemplo, ainda hoje, a Constituição inglesa — que, entre parênteses, é em grande parte Constituição não escrita, como é sabido — tem caráter de Constituição flexível (4), enquanto, também na Itália, caráter flexível tinha o Estatuto Albertino, ou seja, a Constituição de 1848, que foi completamente abrogada e substituída somente a partir da Constituição republicana (rígida) de 1948.

A Constituição Federal norte-americana de 1787, dispunha, ao invés, expressamente, no art. VI, cláusula 2ª, que: “this Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby (...)”. Este texto, na interpretação que dele se impôs especialmente por mérito de John Marshall, foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: ele fixou, por um lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a *supremacia da Constituição* (5), e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma (6). É famosa, a este respeito, a sentença da *Supreme Court* (redigida por seu Chief Justice, John Marshall) na causa *Marbury versus Madison* de 1803 (7), na qual a alternativa entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis e a necessidade de uma escolha entre uma e outra das duas soluções encontram-se enunciadas com insuperável clareza. É de todo evidente — diz-se com precisão naquela sentença — que ou a Constituição prepondera sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode mudar a Constituição através de lei ordinária. Não há meio termo

4 — Cfr. Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, no vol. *La Corte Costituzionale (raccolta di studi)*, suplemento de *La Rassegna Mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1957, p. 4; Edward McWHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*<sup>2</sup>, University of Toronto Press, 1960, p. 31 ss. com novas referências.

5 — Pode ser visto o capítulo sobre o “Principle of Supremacy” do volume de W. J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, The Hague, Mouton, 1959, p. 73 ss.

6 — Cfr., por exemplo, S. CATINELLA, *La Corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam, 1934, p. 199 s.

7 — 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803); o texto da sentença pode, também, ser lido, por exemplo, em E. L. BARRETT, Jr. / P. W. BRUTON / J. HONNOLD, *Constitutional Law. Cases and Materials*, Brooklyn, The Foundation Press, 1959, p. 15 ss. Sobre o assunto cfr. CATINELLA, *op. ult. cit.*, pp. 239-260.

entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável.

A opção do Chief Justice Marshall, com a proclamação da supremacia da Constituição sobre as outras leis e com o conseqüente poder dos juizes de não aplicar as leis inconstitucionais, certamente representou então, repito, uma grande e importante inovação. E se é verdadeiro que hoje quase todas as Constituições modernas do mundo “ocidental” tendem, já, a afirmar o seu caráter de Constituições rígidas e não mais flexíveis (8), é também verdadeiro, no entanto, que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 (9) e pela corajosa jurisprudência que a aplicou.

E, no entanto, afirmei e pretendo demonstrar agora que a sedutora tese acima exposta, de James Grant, não é (nem, presumivelmente, tem a pretensão de ser) historicamente de todo correta. De fato, embora não expressa e conscientemente configurada como “supremacia da Constituição” em relação às leis ordinárias, existiu, no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis* — que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis “constitucio-

8 — De resto, também todas as Constituições da Europa oriental têm caráter “rígido”, e, também, não admitem (com a única exceção da Iugoslávia) um controle judicial de constitucionalidade das leis (v. *supra*, cap. I, § 3). Cfr., recentemente P. BISCARETTI DI RUFFIA/S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, *passim*, especialmente pp. 114-118, 121 s. (v. também pp. 5, 47, ss. sobre o caráter rígido de todas as Constituições dos Estados europeus contemporâneos, com a única exceção da Grã-Bretanha, e, também, sobre as origens da distinção doutrinária entre “flexible and rigid Constitutions”).

9 — Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA/ROZMARYN, *op. ult. cit.*, pp. 10, 48, 70; também AZZARITI, *I vari sistemi*, cit., pp. 4, 20.

nais” ou “fundamentais”, *Grundgesetze* — em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis “ordinárias”.

§ 2. Os exemplos poderiam ser numerosos. Deles colho um que me parece de não pouco interesse também pela época histórica a que se refere, que é a época da antiga grande civilização ateniense.

Distinguia-se, no Direito ateniense, entre o *nómos*, isto é, a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, ou seja, para usar um termo moderno, o decreto. Na realidade, os *nómoi*, ou seja, as leis, tinham um caráter que, sob certos aspectos, poderia se aproximar das modernas leis constitucionais (10), e isto não somente porque diziam respeito à organização do Estado, mas ainda porque modificações das leis (*nómoi*) vigentes não podiam ser feitas a não ser através de um procedimento especial, com características que, sem dúvida, podem trazer à mente do jurista contemporâneo o procedimento de *revisão constitucional* (11). Como escreveu um insigne estudioso do Direito ático, Ugo Enrico Paoli (12), foi um “conceito comum a todos os Estados gregos” o de que a lei (*nómos*) devesse ser qualquer coisa de *fixo* “retirada das tumultuárias vicissitudes da vida política e das decisões improvisadas das assembléias”. Portanto, tinha sido excogitado, em Atenas, um procedimento de revisão das leis extremamente complexo; a mudança da lei era considerada, em suma, uma providência de extraordinária gravidade, cercada das garantias mais prudentes e até mais estranhas, com responsabilidades gravíssimas para quem propunha uma alteração que não fosse, no final, aprovada ou que, ainda que aprovada, se mostrasse, depois, inoportuna. Deste modo, o poder de mudar as leis era retirado dos caprichos de maioria da Assembléia Popular (Ecclesia). Observe-se que esta concepção encontra-se refletida até na filosofia dos maiores pensadores daquela época: em Platão, segundo o qual a lei deve reproduzir a ordem divi-

10 — Cfr. Ugo Enrico PAOLI, verbete *Nomothetai*, in *Nuovo Dig. it.*, VIII, Torino, UTET, 1939, p. 1049; Victor EHRENBERG, *Der Staat der Griechen*, I, Leipzig, Teubner, 1957, pp. 38, 42-43, 74-75.

11 — U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova, Cedam, 1933, p. 55; Pietro DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, II, Milano, Giuffrè, 1948, p. 100; C. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B. C.*, Oxford, Clarendon Press, 1952, p. 299 ss.; EHRENBERG, *op. cit.*, pp. 55, 75.

12 — PAOLI, *Studi sul processo attico*, cit., p. 23 ss., especialmente p. 27 ss.

na, superior e imutável, e não já apresentar-se segundo os interesses mutáveis dos homens ou das classes; em Aristóteles, que considerava a lei como norma acima das paixões humanas (13) e, significativamente, formulava já então a doutrina da “supremacia da lei” (14) e da ilegitimidade da lei injusta (15).

Não obstante isto, a Assembléa Popular, ou seja, a *Ecclesia* tinha, também, um direto poder legislativo (16). As deliberações da Assembléa não assumiam, porém, a forma e o valor de *nómoi*, mas, ao contrário, o de *pséfismata*, isto é, de decretos. O *pséfisma* podia ter o mais vário conteúdo: e assim ele podia, por exemplo, conter normas abstratas e gerais, suscetíveis de impor-se de maneira vinculatória a todos os cidadãos e, neste caso, ele era assemelhado à lei (17). Pode-se, antes, acrescentar que, em certos períodos politicamente mais agitados da vida da *pólis* ateniense, a tendência de legiferar por *pséfismata*, isto é, por decretos, tornou-se dominante. Entretanto, era princípio fundamental aquele segundo o qual o decreto, qualquer que fosse o seu conteúdo, devia ser “legal, seja na forma, seja na substância” (18). Isto é, ele devia, como seríamos tentados a dizer, nós, juristas modernos, ser *constitucional*, ou seja, não podia estar em contraste com os *nómoi* vigentes — com as *leis constitucionais* vigentes.

A conseqüência da ilegalidade (ou, como nós gostaríamos de dizer, da inconstitucionalidade) dos decretos emanados da *Ecclesia* era dúplice. Por um lado, dela derivava uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto, responsabilidade que se podia fazer valer dentro de um ano, mediante uma ação pública de ilegalidade, chamada *grafê paranómon*. Por outro lado, julga-se que derivasse, ain-

13 — Id., *op. ult. cit.*, p. 29.

14 — Cfr. Alessandro PASSERIN d'ENTRÈVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di Emilio Crosa*, II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 1309.

15 — Cfr. o conhecidíssimo escrito de Edward S. CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, publicado pela primeira vez in *Harvard Law Review*, XLII (1928-29), republicado em volume, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1955, fifth printing 1963, p. 7.

16 — EHRENBERG, *op. cit.*, p. 42; PAOLI, *op. ult. cit.*, pp. 55-56.

17 — PAOLI, *op. et loc. ult. cit.*; EHRENBERG, *op. et loc. ult. cit.*; DE FRANCISCI, *op. cit.*, pp. 105, 115.

18 — PAOLI, *op. ult. cit.*, p. 56; DE FRANCISCI, *op. ult. cit.*, p. 115 s.; EHRENBERG, *op. cit.*, pp. 42-43, 55.

da, a *invalidade* do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontra afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este (19). Os juízes atenienses, portanto, não obstante fossem obrigados por solene juramento a julgar “Kata tous nómous Kaí Katà pséfismata” (“segundo a lei e segundo os decretos”), não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os *pséfismata*, a menos que estes não fossem contrários aos *nómoi*.

§ 3. Este precedente antigo é, parece-me, de tal maneira significativo e probante que aduzir outros deles não seria, de fato, necessário (20).

Entretanto, impende observar, a este respeito, como a própria concepção do direito e da justiça, dominante na época medieval, possa, também ela, em certo sentido, ser considerada como um grandioso precedente, de vastíssimo alcance, do sistema que, séculos depois, foi adotado nos Estados Unidos e, posteriormente, em outros Países da América, da Europa e de outros Continentes, isto é, do sistema moderno de controle judicial da legitimidade constitucional das leis.

A concepção do direito e da justiça, dominante na Idade Média, se se ligava, em sentido latíssimo, ao pensamento de Platão e de Aristóteles, de que já se falou, ligava-se, porém, também e sobretudo, através da doutrina *tomista*, aos filósofos estóicos e a Cícero (21). Naquela

19 — DE FRANCISCI, *op. cit.*, pp. 104, 116; veja-se também Mario BATTAGLINI, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 8-10.

20 — Para outros exemplos, de qualquer modo, pode-se ver, além do belo estudo de CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., *passim*, o vol. de BATTAGLINI, cit.; também René MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, Springer Verlag, 1963, pp. 177-182; Loren P. BETH, *Politics, the Constitution and the Supreme Court*, Evanston, Ill., Row Peterson, 1962, pp. 2-14 e lá referências bibliográficas; David DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, in *The American Political Science Review*, XLVI (1952), p. 1079 ss.

21 — Cfr., por exemplo, Brendan F. BROWN, *The Natural Law Reader*, New York, Oceana Publications, 1960, p. 47; CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., pp. 9-17, onde algumas passagens de CÍCERO são indicadas como verdadeiras “anticipations of judicial review”; Guido FASSÒ, verbete *Giusnaturalismo*, in *Novissimo Dig. it.*, VII, Torino, UTET, 1961, p. 1106; Helmut COING, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Wiesbaden, Steiner Verlag, 1965, p. 6.

concepção, a idéia de *jus naturale* assumia um lugar preeminente: o direito natural era configurado como a *norma superior*, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas. Como escreve um jurista moderno, “o ato soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente *nulo e não vinculatório*, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrasse em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador. Segundo, enfim, alguns teóricos, mesmo os súditos individualmente considerados estavam desobrigados do dever de obediência em face do comando não conforme ao direito (natural), tanto que a imposição coativa da norma antijurídica justificava a resistência, mesmo armada e, até, o tiranicídio” (22). A fórmula romana, ou pseudo-romana, *Princeps legibus solutus* se queria substituir, então, pela fórmula oposta: *Princeps legibus tenetur*, enquanto outros elaboraram uma tese intermediária segundo a qual o soberano, não vinculado à lei civil, estava, porém, vinculado à lei natural (23).

A concepção medieval foi, então, nas suas formulações mais difundidas, bem clara na distinção entre duas ordens de normas: a do *jus naturale*, norma superior e inderrogável, e a do *jus positum*, obrigada a não estar em contraste com a primeira. O mesmo, de resto, pode se dizer, também, da concepção dominante na grande escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que vai, *grosso modo*, de Hugo Grotius a J.J. Rousseau. De fato, também a escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII — que à escola medieval se contrapunha, em geral, sobretudo por seu fundamento racionalista e imanentista, desvinculada como era dos pressupostos transcendentes e teológicos que tinham caracterizado, ao invés, o direito natural medieval (24) — também ela afirmava,

22 – BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 13. A mais documentada demonstração de quanto é referido no texto pode ser encontrada nas famosas obras de Otto VON GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, Koebner, 1880, pp. 272-73 *et passim*; ID., *Les théories politiques du Moyen Age* (trad. J. DE PANGE), Paris, Sirey, 1914, pp. 160-163; veja-se também CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., pp. 19-20.

23 – BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 14.

24 – Cfr. FASSO, verbete *Giusnaturalismo*, cit., pp. 1106-1108.

enfim, a existência de “direitos inatos”, intangíveis e irrenunciáveis, em síntese, a existência de *limites* e de *preceitos cogentes para o próprio legislador*. A tal ponto esta concepção era radicada no pensamento da época que a encontramos até na filosofia daquele que foi o grande teórico do sistema constitucional saído da “gloriosa revolução” inglesa de 1688, isto é, do sistema que afirmou a *absoluta supremacia do Parlamento*, o qual “pode fazer tudo exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa” (25). Com efeito, também John Locke, embora afirmando que o legislativo detém o *supreme power*, admitia, porém, que este poder devesse encontrar limites no direito natural (26).

É verdade, entretanto, que a distinção de tal maneira afirmada entre um direito natural e um direito positivo, se destinava a atuar num plano puramente filosófico e teórico, abstraído dos concretos acontecimentos quotidianos da vida, antes que num plano de concreção jurídica (27). Qual, em suma, podia ser em concreto a efetiva posição do juiz em face da lei injusta, isto é, qual a sua posição em face da lei que ele reputasse contrária à *norma superior*, ao direito natural?

Falou-se, porém, — e o referimos há pouco — de um poder ou, certamente, de um dever do juiz de não considerar vinculatória a lei contrária ao direito natural. Pode-se reler, a respeito, uma célebre passagem da *Summa Theologica* de Tomás de Aquino (28): “Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra jus naturale, injusta est, *nec habet vim obligandi*... Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed

25 – Sobre a paternidade desta célebre frase, dita há um século por Walter BAGEHOT e ainda agora válida na Inglaterra, cfr. Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, Oxford University Press, 1962, p. 260; um século antes, também BLACKSTONE em seus *Commentaries* tinha afirmado “that the power of Parliament is absolute and without control”, cfr. CORWIN, *The “Higher Law”*, cit., pp. 86-87, e que “to set the judicial power above that of the legislature, [...] would be subversive of all government”, cfr. Theodore F. T. PLUCKNETT, *Bonham’s Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, XL (1926-27), pp. 59-60.

26 – Cfr. CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., p. 67 ss.; Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d’America*, Memorie dell’Istituto giuridico dell’Università di Torino, 1931, p. 20; Sergio COTTA, *Montesquieu, la séparation des pouvoirs et la Constitution fédérale des Etats-Unis*, in *Revue intern. d’Histoire politique et constitutionnelle*, 1951, pp. 229-230.

27 – Cfr. CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., p. 23.

28 – Tommaso D’AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 60, art. 5.

potius legis corruptiones... *Et ideo secundum eas non est iudicandum*". E, em outro lugar (29), o Aquinatense ainda escrevia: "Dicendum quod, sicut Augustinus dicit... *non videtur esse lex, quae iusta non fuerit...* Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio" (30).

Mas, não obstante estas e semelhantes afirmações do pensamento filosófico e jurídico da época medieval e dos séculos XVII-XVIII, permanece o fato de que a contraposição entre a norma de direito natural e a de direito positivo continuava, pelo menos, a ser a contraposição entre duas ordens jurídicas diversas, entre dois sistemas jurídicos diversos, um dos quais era, habitualmente, destituído de sanções eficazes e de institutos criados para impô-las. Pelo que, não sei quantas vezes em concreto o juiz, colocado diante do divergente comando da norma, com frequência muita vaga, de direito "natural", de um lado, e da norma de direito "positivo", de outro lado, efetivamente pudesse ou soubesse, sem incorrer em responsabilidade, ou talvez em arbítrio, não aplicar a segunda para aplicar, ao contrário, a primeira.

Para chegar à compenetração, na esfera de uma única ordem ou sistema jurídico, de ambas as normas (ou daqueles corpos de normas); para chegar, em outras palavras, àquela que eficazmente foi chamada a "positivização" do direito natural (31) e, portanto, à sua subsunção na esfera do direito positivo, era preciso atingir, na verdade, a tempos mais próximos de nós. Um primeiro sintoma desta profunda mudança já se pode encontrar desde a época do *ancien régime* na França, onde os *Parlements* — os quais, como é sabido, nada mais eram senão Cortes superiores de justiça — andavam afirmando, exatamente, em face dos Soberanos franceses, seu poder e dever "d'examiner dans les édits et autres lois qui nous sont apportés s'il n'y a rien de contraire... aux lois

29 — Id., *Summa Theol.*, I-II, q. 95, art. 2.

30 — Cfr. Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, *Diritto naturale e distinzione fra morale e diritto nel pensiero di S. Tommaso d'Aquino*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, XXIX (1937), especialmente p. 3 s. do extrato; veja-se, porém, G. FASSÒ, *La legge della ragione*<sup>2</sup>, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 108 s.

31 — Cfr. Pietro PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, Laterza, 1961, p. 46.

*fondamentales du royaume*" (32). Daí se foi formulando, por obra dos *Parlements* franceses, uma doutrina que teve grande influência sobre a obra de Montesquieu (33) e que nos parece extremamente significativa em relação ao tema do controle judicial de legitimidade das leis: isto é,

32 — Assim, o *Parlement de Paris*, em 1718; veja-se COTTA, *op. cit.*, pp. 234-235, que cita as *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, éd. par J. FLAMMERMONT et M. TOURNEUX, Paris, 1888, t. I, p. 88; veja-se, também, Robert DERATHÉ, *Les philosophes et le despotisme*, in *Utopie et institutions au XVIII<sup>e</sup> siècle. Le pragmatisme des Lumières*, Paris — La Haye, Mouton, 1963, pp. 72-75. Sobre a evolução dos *Parlements* nos séculos XVII e XVIII e sobre a sua função como "gardiens des lois fondamentales", v. além disso J. ELLUL, *Histoire des Institutions*, Tome second, I, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, p. 342 ss. Mas, desde o século XVI, estava se desenvolvendo na França a teoria das *leges imperii* as quais, se bem que distintas tanto das leis divinas como das leis naturais, como estas não podiam ser alteradas nem pelo Rei nem pelos *Etats généraux*. Cfr. André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française*, Paris, 1907, pp. 71-150; Ralph H. GIESEY, *The Juristic Bases of Dynastic Right to the French Throne*, Philadelphia, American Philosophical Society, 1961; extremamente interessante o trecho do *Traicté des Seigneuries* (1608) de Charles LOYSEAU citado por Salvo MASTELLONE, *Introduzione al pensiero politico di Charles Loyseau*, in *Critica storica*, IV (1965), p. 448 ("La Souveraineté consiste en puissance absolue, c'est à dire parfaicte et entière de tout poinct... Et comme la couronne ne peut être si son cercle n'est entier, aussi la souveraineté n'est point, si quelque chose y défaut... Toutefois, comme il n'y a que Dieu qui soit tout puissant et que la puissance des hommes ne peut être absolue tout à fait, il y a trois sortes de lois qui bornent la puissance du Souverain, sans intéresser la Souveraineté. A savoir les lois de Dieu, pour ce que le Prince n'est pas moins souverain pour être sujet à Dieu; les règles de justice naturelles et non positives, parce que c'est le propre de la seigneurie publique d'être exercée par justice et non pas à discrétion; et finalement les lois fondamentales de l'Etat pour ce que le Prince doit user de sa Souveraineté selon sa propre nature et en la forme et aux conditions qu'elle est établie").

Também, em outras regiões da Europa, alguns tribunais locais conseguiam, de tempos em tempos, afirmar um poder de controle semelhante — ainda que muito menos acentuado — ao dos *Parlements* franceses. Cfr. Hellmuth VON WEBER, *Schöppenstuhl und Landesherr. Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Prüfungszuständigkeit*, in *Festschrift Richard Thoma*, Tübingen, Mohr, 1950, p. 257 ss.; Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 102.

33 — Cfr. COTTA, *op. cit.*, *passim*, especialmente p. 235 com remissão a R. BICKART, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1932, p. 33.

a doutrina da chamada “heureuse impuissance” do Rei de violar as leis fundamentais — a impotência, portanto, melhor, “feliz” impotência do Soberano legislador de promulgar aquelas que hoje chamaríamos de leis inconstitucionais.

E, no entanto, também não há dúvida de que o passo definitivo na direção daquilo que chamei a “positivização” do direito natural — que, a meu ver, representa um dos fatores fundamentais que caracterizam o pensamento e a realidade jurídica da época atual — será dado apenas a partir das modernas Constituições “rígidas”, do moderno “constitucionalismo” que se inicia, como já reconheci, com a Constituição dos Estados Unidos. O passo definitivo será dado, em suma, por aquelas Constituições que, por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional *positivo* os princípios “naturais” e os “direitos inatos”, e, por outro lado, oferecerão uma garantia *efetiva* de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia, por conseguinte, de não aplicação das leis que contrastarem com o preceito constitucional em que se contém uma espécie de “vontade permanente do povo” enquanto, ao invés, nas leis ordinárias, há apenas uma “vontade transitória e temporária” (34).

Embora o moderno constitucionalismo represente, pois, em certo sentido, uma superação da doutrina jusnaturalista que, de fato, estava destinada a desaparecer e com frequência a ser menosprezada justamente no século XIX e na primeira metade do século XX (35) — no entanto, não se pode negar algum fundamento a quanto hoje escreve um agudo filósofo do Direito, ou seja, que, sob determinado prisma, “as liberdades civis e políticas sobre as quais o Estado moderno se funda são conquistas do jusnaturalismo”, porque foi a doutrina política jusnaturalista que assentou os alicerces do moderno Estado de direito (36). Não se pode negar, em particular, o fato de que também o constitucionalis-

34 — Cfr. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche*, cit., p. 9.

35 — Veja-se, a título de mero exemplo, o que, significativamente, escrevia sobre o assunto um grande jurista alemão, Joseph KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Holtzendorff-Kohler*<sup>7</sup>, I, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1915, pp. 3-4. Cfr. presentemente COING, *Naturecht*, cit., pp. 8, 13 ss.

36 — FASSÒ, *verbete Giusnaturalismo*, cit., p. 1108.

mo americano e, em geral, o constitucionalismo moderno, de que uma expressão fundamental é, sem dúvida, o sistema do controle judicial das leis, também ele teve uma antiga matriz histórica, como precisamente procurei ainda que, sumariamente, demonstrar (37). Por isso, diante do entusiasmo, de resto não injustificado, do jurista norte-americano, orgulhoso da grande inovação trazida à ciência política pelo sistema da *judicial review*, o homem prudente da velha Europa poderia ser, talvez, tentado a repetir, ainda uma vez, o antigo céptico motejo, sempre verdadeiro, se bem que sempre apenas parcialmente verdadeiro: *nihil sub sole novi* — nada de novo para o Velho Mundo!

§ 4. A minha argumentação poderia, neste ponto, dar-se por acabada. Todavia, eu não posso furtar-me à tentação de acrescentar uma última referência em tema de precedentes históricos, antigos e modernos, do controle judicial sobre a constitucionalidade das leis.

Já havíamos visto que precedentes podem ser encontrados, seja na história antiga, seja na história medieval e (relativamente) moderna, até atingir o sistema norte-americano da *judicial review* que — como também eu reconheço — iniciou uma nova e esplêndida época nesta matéria.

Mas — impende perguntar agora — qual foi o precedente imediato, ou seja, qual o precedente que mais diretamente inspirou o instituto norte-americano?

Pois bem, eu creio que a pesquisa sobre este ponto seja, verdadeiramente, uma das mais fascinantes com que um estudioso possa defrontar. É, além disso, uma pesquisa que, se não me engano, pode dar lugar a resultados à primeira vista estupefacientes e, com certeza, paradoxais: uma pesquisa, em suma, que pode de fato trazer à luz aquilo que foi chamado a “astúcia da história”, que atinge a seus fins, com frequência, através dos caminhos mais contraditórios e imprevistos. Com efeito, veremos como um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado a *supremacia do poder ju-*

37 — Que o sistema norte-americano de controle judicial da constitucionalidade das leis, “é derivado diretamente da concepção da soberania do direito natural” já escrevia EINAUDI, *Le origini etc.*, cit., pp. 17, 63 ss.

diário (38) ou, também, o governo dos juizes (39), tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta supremacia do Parlamento em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a “supremacia do Parlamento” na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada “supremacia dos juizes” nos Estados Unidos da América! Mas vejamos com ordem.

Século XVII: a tradição jurídica inglesa, uma tradição velha já de quatro séculos (40), de que, na primeira metade do século XVII, grande teórico e defensor foi Sir Edward Coke (falecido em 1634), era no sentido de que a lei não fosse criada, mas somente afirmada ou declarada, pela vontade do Soberano. A *common law*, em síntese, lei fundamental e prevalente em relação à *statutory law*, podia, porém, ser completada pelo legislador, mas não, ser por ele violada: pelo que, o direito era, em grande parte, subtraído às intervenções do legislador (41). Sobre a base desta tradição se fundou, exatamente, a doutrina de Edward Coke sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação, doutrina por ele precisada especialmente na ocasião de sua luta contra James I Stuart. Contra o Rei, que afirmava ser dotado de inteligência como os juizes, seus delegados, e pretendia, conseqüentemente, poder exercitar pessoalmente o poder judiciário, Coke respondia que tão-só

38 – Veja-se, por tantos, Robert H. JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy*, New York, Random House, 1941.

39 – Todos nos lembramos da obra famosa de Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

40 – Cfr., por exemplo, uma famosa passagem do *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* de BRACON (século XIII) referido em CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., p. 27 (veja-se também p. 49 nota 27); do mesmo CORWIN veja-se também o volume, *Liberty against Government*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1948, especialmente o cap. II.

41 – Cfr. COTTA, *op. cit.*, p. 235, que remete a Arthur VON MEHREN, *The Judicial Conception of Legislation in Tudor England*, in *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York, 1947, pp. 751-766. Para uma análise mais recente do pensamento de COKE, cfr. J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Clarendon Press, 1955 (reprint 1961), pp. 30-47 (pode-se dizer, em geral, que a tendência de numerosos intérpretes, especialmente americanos, de ver em COKE um precursor do princípio da *judicial review*, foi criticada por outros, de modo especial, ingleses, que entenderam o pensamento de COKE de maneira mais restritiva).

os juizes podiam exercitar aquele poder, sendo instruídos na difícil Ciência do Direito “which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it” (42). E contra o Parlamento, ele afirmava, por outro lado, “a tradicional supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento” (43). “It appears in our books – proclamava Coke no célebre *Bonham’s case* de 1610 – that in many cases, the common law will controul acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such act to be void” (44). E em outra parte Coke ainda afirmava: “Fortescue and Littleton and all others agree that the law consists of three parts: first, common law; secondly, statute law; third, custom, which takes away the common law. But the common law, corrects, allows and disallows both statute law and custom, for if there be repugnancy in statute or unreasonableness in custom, the common law disallows and rejectes it” (45).

Mas quem devia controlar e afirmar tal “repugnancy or unreasonableness”; quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram função dos juizes! Dos juizes que, segundo as palavras de um moderno estudioso, “seuls interprètes authentiques d’un droit, qui est autonome du législateur, constituant donc, selon cette doctrine, un vrai pouvoir indépendant” (46).

42 – Cfr. CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., pp. 38-39.

43 – COTTA, *op. et loc. ult. cit.*; v. também em geral W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. V, London, Methuen, 1924, p. 430 ss.

44 – 8 Coke’s Reports 118 a; 77 Eng. Rep. 652. O texto famoso pode ser visto citado por exemplo in GOUGH, *Fundamental Law*, cit., p. 31 s.; in Benjamin F. WRIGHT, *The Growth of American Constitution*, Boston-New York-Chicago, Houghton Mifflin, 1942, p. 12; também in CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., p. 44; e in COTTA, *op. et loc. ult. cit.*; pode-se, também, ver J. M. GARCÍA LAGUARDIA, *La defensa de la Constitución. Aspectos del control de constitucionalidad*, Separata de la Revista “Universidad de San Carlos” (Guatemala), XL (1957), p. 96; para um excelente e autorizado comentário ao Dr. Bonham’s case, cfr. PLUCKNETT, *Bonham’s Case and Judicial Review*, cit., pp. 30-70.

45 – Rowles versus Mason, 1612. Cfr. CORWIN, *The “Higher Law” Background*, cit., pp. 50-51; COTTA, *op. cit.*, p. 236.

46 – Assim COTTA, *op. et loc. ult. cit.*

A doutrina de Lord Coke, entendida como instrumento de luta, quer contra o absolutismo do Rei, quer contra o do Parlamento, predominou na Inglaterra por alguns decênios (47) e, não só na Inglaterra, mas também nas colônias inglesas da América, onde foi, de fato, em muitas ocasiões, acolhida pelos tribunais (48). Esta doutrina, porém, foi abandonada na Inglaterra com a revolução de 1688, a partir da qual foi, então, proclamada a doutrina contrária, ainda hoje válida naquele País da *supremacia do Parlamento* (49). Mas da doutrina de Coke ficaram os frutos, pelo menos na América (50), e pretendo, obviamente, aludir àqueles frutos que se chamam hoje *judicial review* e *supremacia do poder judiciário*, “supremacy of the judiciary”.

Antes — e exatamente aqui está o paradoxo, pelo menos aparente — para produzir estes frutos não só não foi obstáculo, mas, ao contrário, contribuiu a nova doutrina, afirmada com a “glorious revolution” de 1688. Vejamos as razões deste paradoxal fenômeno.

Como ressalta James Grant, em seu livro já recordado (51), conforme a lei inglesa, toda *corporación*, seja ela uma companhia comercial privada ou *municipalidad*, “puede hacer solamente aquellas cosas que le autoriza su carta o constitución propia”. Disto deriva a importante consequência de que “los reglamentos (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a ella [corporación] concedida *son nullos* y *no pueden ser puestos en vigor por los tribunales*” (52).

Pois bem, muitas dentre as Colônias inglesas da América (“plantations”) foram, inicialmente, constituídas precisamente como companhias comerciais, e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por “cartas o estatutos de la Corona” (53).

47 — Cfr. PLUCKNETT, *Bonham's Case*, cit., p. 49 ss.

48 — Cfr. CORWIN, *The “Higher Law”*, cit., p. 73 s.; WRIGHT, *The Growth*, cit., p. 12; COTTA, *op. et loc. ult. cit.*

49 — Cfr. ainda, por tantos, PLUCKNETT, *Bonham's Case*, cit., p. 53 s.

50 — WRIGHT, *op. et loc. ult. cit.*; ABRAHAM, *The Judicial Process*, cit., p. 267 s.; DEENER, *Judicial Review in Mod. Const. Systems*, cit., p. 1080 s.; Gottfried DIETZE, *Judicial Review in Europe*, in *Michigan Law Review*, 55 (1957), p. 549.

51 — GRANT, *El control etc.*, cit., p. 29.

52 — Id., *op. et loc. ult. cit.*

53 — Id., *op. et loc. ult. cit.*

Estas “Cartas” podem ser consideradas como as primeiras Constituições das Colônias (54), seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias. Então, estas Constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem “razoáveis” e, como quer que seja, “não contrárias às leis do Reino da Inglaterra” (55) e, por conseguinte, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês (56). E foi, então, justamente por força desta *supremacia da lei inglesa* que, é evidente, soava em unísono, com a doutrina da “supremacy of the English parliament” — que em numerosos casos (57), alguns dos quais tornados famosos, o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis coloniais deviam ser aplicadas pelos juizes das Colônias: *só se elas não estivessem em contraste com as leis do Reino*. Recordo, como exemplo, o caso Winthrop contra Lechmere, de 1727, e o caso Philips contra Savage, de 1737 (58).

54 — “Imperially granted constitutions or charters” as define, exatamente, Edward McWHINNEY, *Constitutional Review in the Commonwealth*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSL. ÖFFENTL. RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 75, 78.

55 — GRANT, *op. cit.*, pp. 29-30; cfr. também MARCIC, *Verfassung*, cit., p. 179.

56 — Cfr. McWHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*, cit., pp. 13 s., 57 s.

57 — Contam-se mais de seiscentas leis coloniais invalidadas pelo *Privy Council* nos anos entre 1696 e 1782: cfr. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., p. 87; e não será inoportuno acentuar que, muito frequentemente, causa verdadeira de anulação foram razões econômicas ao invés de razões propriamente jurídicas, cfr. CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., p. 165 ss.

58 — Cfr. sobre o assunto J. H. SMITH, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950, *passim*; GRANT, *op. cit.*, p. 30; sobre o *Privy Council* “as Final Appellate Tribunal for the Overseas Empire”, cfr. o Cap. 3º de McWHINNEY, *Judicial Review*, cit., pp. 13-14, 49-60; do mesmo McWHINNEY veja-se, também, o escrito *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., p. 78 (“so far as the Supreme Courts of the individual Commonwealth Countries exercise judicial review of the constitution in their own right as the final appellate tribunals for their own particular countries, they may be said to be the lineal successors of the Privy Council”: onde se vê como o paradoxal fenômeno, por nós aqui descrito, verificado há mais de um século e meio nos Estados Unidos da América, se repetiu, muitos decênios depois, também, em outras ex-colônias britânicas: Canadá, Austrália, Índia, etc., não porém na África do Sul onde deve ser lamentada “the virtual absence of judicial review as known in the United States”, cfr. Thomas KARIS, *The Republic of South Africa*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 15 [1966], p. 613).

Eis, portanto, explicado como, então, o princípio da *supremacia do Parlamento* — e, por conseguinte, da *supremacia da lei positiva* (59) — imposto na Inglaterra a partir da “gloriosa” revolução de 1688, acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao invés, na Inglaterra: ou seja, ao resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juizes, aquele controle que fora, ao contrário, augurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lord Coke. Eis, em outras palavras, explicado o aparente paradoxo, ou seja, como, então, o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a formação, na América (e, decênios ou séculos depois, também em outras ex-colônias que alcançaram a independência: no Canadá, na Austrália, na Índia e em outras partes (60), do oposto sistema em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juizes.

Com efeito, quando em 1776 as Colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas “Cartas” pelas novas Constituições, entendidas como as *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juizes as leis contrárias às “Cartas” coloniais e às “leis do Reino”, assim não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois, ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes (61). Grant (62) oportunamente recorda alguns dentre os primeiríssimos precedentes em tal sentido: o caso Holmes contra Walton, decidido em 1780 pela Corte Suprema de

59 — Cfr. EINAUDI, *op. cit.*, p. 21.

60 — Cfr. *supra*, nota 58; McWHINNEY, *Judicial Review in the English-Speaking World*, cit.; Id., *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., p. 75 ss.; J. L. KAPUR, *The Supreme Court of India*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), pp. 2 s., 8 e *passim*.

61 — Cfr. EINAUDI, *op. cit.*, p. 21 ss.; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 103.

62 — GRANT, *op. cit.*, p. 31 s.

New Jersey, e o caso Commonwealth contra Caton, decidido em 1782 pela Corte da Virginia (63).

Mais de um século de história americana e de imediatos, unívocos precedentes (64) estavam, por conseguinte — e é bom sublinhá-lo — por detrás do Chief Justice John Marshall quando ele, em 1803, também sob a égide do bastante confuso art. VI, cláusula 2ª, da Constituição Federal de 1787, proclamou, em clara voz, no caso *Marbury versus Madison*, o “principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”.

Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me parece ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.

63 — Vejam-se os mesmos e outros casos lembrados também por EINAUDI, *op. cit.*, p. 28 s.

64 — Para não dizer dos famosos escritos da época, especialmente os de James OTIS e de John ADAMS: cfr. ainda uma vez CORWIN, *The “Higher Law”*, cit., p. 77 ss.; também CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., pp. 30 s., 162 e *passim*. Para uma análise dos precedentes ideológicos (e não apenas americanos) dos argumentos que levaram MARSHALL à afirmação do princípio da *judicial review*, cfr. a dissertação de Rudolf H. GROSSMANN, *Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, Zürcher Dissert., Zürich, Schulthess, 1948.

### Capítulo III

#### ANÁLISE ESTRUTURAL – COMPARATIVA DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOB O ASPECTO “SUBJETIVO”

SUMÁRIO: § 1. Sistema “difuso” ou “americano” e sistema “concentrado” ou “austríaco” de controle judicial da constitucionalidade das leis. – § 2. A expansão do sistema de controle difuso (Commonwealth, Japão, Suíça, Noruega, Dinamarca, Suécia, Alemanha de Weimar, Itália nos anos de 1948-1956) e a do sistema concentrado (Itália, Alemanha, Chipre, Turquia, Iugoslávia, Tchecoslováquia e Espanha). – § 3. A força racional da doutrina que está na base do sistema difuso de controle. – § 4. Inconvenientes do sistema difuso nos Países de base romanista. – § 5. Superação daqueles inconvenientes nos Países de *common law*, por força do princípio do *stare decisis*: as conseqüências práticas de um “simples raciocínio”. – § 6. A criação, nos Países de *civil law*, de especiais Cortes Constitucionais e a doutrina que está na base do sistema concentrado de controle. – § 7. Uma ulterior justificação deste sistema, dessumida da análise sociológica do ordenamento judiciário e da natureza da norma constitucional e de sua interpretação; a inadequação da Corte de Cassação italiana, como também de outras Cortes Supremas européias, para exercer o controle de constitucionalidade. Os juízes da *Supreme Court* americana e os das Cortes Constitucionais européias. – § 8. A solução francesa do controle exclusivamente “político” de constitucionalidade das leis e suas razões históricas, ideológicas e práticas; o sistema concentrado de controle jurisdicional de constitucionalidade, como um compromisso prático e ideológico entre o método francês e o americano.

§ 1. É meu propósito submeter, neste e nos dois próximos capítulos, o tema do controle judicial de constitucionalidade das leis a uma

análise estrutural, com a preocupação, porém, de manter sempre esta análise em um plano de concreção comparativa, de modo que dela emerge, quanto possível, uma espécie de “panorama tipológico”, isto é, um panorama – ainda que sumário – dos tipos de controle judicial de constitucionalidade adotados nos vários Países (1).\*

A análise será, neste capítulo, dedicada ao aspecto “subjetivo” do fenômeno examinado, quer dizer, aos *órgãos* aos quais pertence o poder de controle. Outros elementos estruturais do fenômeno serão examinados nos capítulos seguintes: em particular, o elemento “modal”, ou seja, o modo, como a questão de constitucionalidade é argüida e resolvi-

1 – Obviamente, não será possível fazer uma espécie de enciclopédia universal: a nossa exposição não tem a pretensão de ser completa. Um instituto, por exemplo, que temos, de propósito, omitido nesta nossa análise é o do *Mandado de Segurança* brasileiro, também tão interessante e de antigas origens; ao próprio interessantíssimo instituto mexicano (e não somente mexicano) do *juicio de amparo*, dedicamos, apenas, poucas e ocasionais referências. Cfr. nos últimos tempos, o excelente estudo de Alfredo BUZÁID “*Juicio de Amparo*” e *Mandado de Seguridad (Contrastes e confrontos)*, in *Revista de Direito Processual Civil* (São Paulo, Brasil), III (1962), pp. 30-70 (sobre o problema da admissibilidade do *Mandado de Seguridad* também contra os atos do poder legislativo, v. especialmente p. 65 s.). Efetivamente, a mais extensa lacuna de nossa pesquisa comparativa concerne, justamente, aos Países da América Latina, numerosos dos quais conhecem algum tipo de controle judicial de constitucionalidade das leis (para informações na matéria cfr. o 3º capítulo do volume de J. A. C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Facultad de Derecho de México, 1963, p. 73 ss., bem como o recentíssimo volume de Enrique VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, pp. 27 ss., 45 ss. e *passim*; v. também *infra*, neste capítulo, nota 57): eu não reputaria de todo correto aduzir, à guisa de justificação da omissão, a consideração, um pouco apressada, de Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp. 104-105, segundo o qual, a justiça constitucional serve, muito frequentemente, naqueles Países, como mero substituto da falta de justiça administrativa.

\*N.T. Vejam-se, no Direito brasileiro, J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (vol. V), Rio de Janeiro, Forense, 1981 (4 ed.) p. 38/60; CELSO AGRÍCOLA BARBÉ, *Ação declaratória principal e incidente*, Rio de Janeiro, Forense, 1976 (4 ed.), p. 175/197; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Processo constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984; LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*, (2 ed.), Rio de Janeiro, 1968; ALFREDO BUZÁID, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, 1958.

da, e o elemento “funcional”, isto é, os efeitos que a decisão judicial da questão de constitucionalidade produz, quer em relação à lei submetida ao controle, quer, também, em relação ao caso concreto no qual a questão de constitucionalidade se tenha, eventualmente, apresentado.

No que concerne, então, ao aspecto “subjetivo” ou “orgânico”, podem se distinguir, segundo uma terminologia já bem conhecida (2), dois grandes tipos de sistemas de controle judicial da legitimidade constitucional das leis:

a) o “sistema difuso”, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os *órgãos judiciais* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência; e

b) o “sistema concentrado”, em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único *órgão judicial* (3).

O sistema “difuso” foi também chamado, por alguns (4), sistema ou tipo “americano” de controle, dado que não é de todo inexato – como mostrei no cap. II – julgar que este sistema tenha sido posto em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos da América, de cujo or-

2 – Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, Cedam, 1950, p. 5. Na doutrina de língua alemã, fala-se de um *allgemeines Prüfungsrecht* (ou *allgemeine Normenkontrolle*) e de um *konzentriertes Prüfungsrecht* (ou *konzentrierte Normenkontrolle*); cfr., por exemplo, ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 107 s.

3 – Existem, finalmente, também, sistemas que podemos chamar *mistos* ou *intermediários*: por exemplo, o adotado no México, o qual, também por causa de um, pelo menos aparente, contraste entre os artigos 103 e 133 da Constituição mexicana (cfr. sobre o assunto, também para as remissões H. FIX ZAMUDIO, *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 167-194, 246-257, 296-298, 378-380, e especialmente pp. 175-180, 247-251, dificilmente se poderia fazer, seguramente, subsumir num ou noutro dos dois típicos sistemas indicados no texto. Isto é verdadeiro, de resto, não apenas do ponto de vista dos *órgãos* de controle, mas também do ponto de vista do *modo* como a questão da legitimidade constitucional é resolvida: também, neste particular, o sistema mexicano tem caráter misto ou intermediário entre o sistema de controle que opera “por via de ação” e aquele que opera, ao invés, “por via de exceção”. Um sistema “misto” é, também, o adotado na Irlanda; cfr., por exemplo, Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi* no vol. *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, suplemento de *La Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1957, p. 35 s.

4 – Cfr., por muitos, FIX ZAMUDIO, *El Juicio de Amparo*, cit., p. 379, nota 33.

denamento jurídico ele ainda agora constitui, como escreveu um constitucionalista daquele País, "the most unique and the most characteristic institution" (5).

Analogamente, o sistema "concentrado" poderia também ser designado como o tipo "austríaco" de controle. De fato, o arquétipo foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberverfassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da "escola jurídica de Viena", Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra (6), no texto da Emenda de 1929, que tinha sofrido notáveis modificações exatamente em matéria de justiça constitucional.

§ 2. Ambos os sistemas se impuseram, também em época recente, em mais de um País, mostrando, assim, uma verdadeiramente notável força de expansão.

O sistema "americano", antes norte-americano, de *judicial review* encontra-se, sobretudo, em muitas das ex-colônias inglesas, como o Canadá, a Austrália, a Índia e em outras partes (7): e nós procuramos no

5 — Assim, B. F. WRIGHT, citado por Hans SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, Wien, Springer-Verlag, 1951, pp. 6-7.

6 — Cfr. o *Verfassungsüberleitungsgesetz* de 1º de maio de 1945.

7 — Cfr. Edward McWHINNEY, *Constitutional Review in the Commonwealth*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von Hermann MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, p. 75 ss.; Id., *Judicial Review in the English-Speaking World*<sup>2</sup>, University of Toronto Press, 1960; também Demètre P. ECONOMOU, *Le Contrôle juridictionnel de la Constitutionnalité des lois dans les Pays de Droit Commun*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 11 (1958), p. 336 ss.; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 105, 110.

Este último autor, na verdade, escreve, na p. 110, que no Canadá (e, parcialmente, também na Austrália) o sistema adotado seria aquele segundo o qual a questão de validade de uma lei, surgida como questão prejudicial em um processo civil — tenha ela sido argüida por uma parte ou suscitada de ofício pelo juiz — deve sempre ser remetida pelo tribunal inferior à Corte Suprema, à qual compete, portanto, uma espécie de monopólio na interpretação da Constituição. Desta constatação de fato ENGELHARDT, *op. et loc. ult. cit.*, extrai, antes, o ensejo, para uma conclusão de alcance mais geral, julgando que "die Entwicklung des richterlichen Prüfungsrechts neigt also dazu, entweder ein besonderes Organ mit der Aufgabe zu betrauen oder sie wenigstens bei einem Gericht zu konzentrieren". A premissa de fato desta conclusão é, porém, pelo menos em parte, incorreta. Na realidade o sistema vigente, no Canadá, é no seu núcleo central, substancialmente "identical to

capítulo precedente (*sub* § 4) explicar o aparente paradoxo pelo qual o Direito inglês, que, decididamente, exclui na mãe pátria, por força do princípio fundamental da "supremacy of the Parliament", a possibilidade de controle judicial da legislação, fez-se, ao contrário, promotor, nas Colônias, deste controle.

Sempre fora da Europa, e desta vez por sua própria (se assim posso dizer) filiação direta, o sistema americano de controle foi importado, por um ato — talvez um pouco ingênuo — que esteve a meio caminho entre a imposição e a imitação, no Japão, por força da vigente Constituição nipônica de 3 de maio de 1947 (8).

Até na Europa, o sistema denominado americano teve e tem analogias de tempos velhos e recentes. Primeiro, uma certa analogia pode ser encontrada no Direito suíço, onde, ao lado da possibilidade de um recurso direto ao Tribunal Federal ("staatsrechtliche Beschwerde" ou "recours de droit public") é também afirmado um geral *richterliches*

that of the United States" (cfr. recentemente J. A. C. GRANT, *Judicial Review in Canada: Procedural Aspects*, in *The Canadian Bar Review*, 42 [1964], p. 195 ss., especialmente p. 197 s.; Id., *El Control Jurisdiccional*, cit., p. 86 ss.), e a mesma coisa pode ser, *grosso modo*, repetida sobre os sistemas adotados em outros Países da Commonwealth (veja-se também *supra*, cap. II, texto e notas 58-60). Isto é, trata-se de um sistema "difuso" de controle, competindo a todo tribunal, e em última instância, portanto, à Corte Suprema, o poder — dever de não aplicar a lei inconstitucional que seja relevante no caso concreto. É verdadeiro, todavia, que, no Canadá, existem também, ao lado do método normal ("difuso") de *judicial review*, algumas "special procedures to litigate constitutional issues" (GRANT, *Jud. Rev. in Canada*, cit., p. 200 ss.), uma das quais consiste, exatamente, na possibilidade, adotada por seis das dez províncias daquele País, de levar *per saltum* a questão de constitucionalidade à Corte Suprema, suspendendo o processo em que ela surgiu. Tal procedimento tem o escopo de obter, com rapidez e de maneira inapelável, uma decisão final sobre a questão prejudicial, a qual acabaria, em todo caso, por ser decidida, em última instância, pela Corte Suprema.

8 — Cfr. Shirô KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 328, 336; Kazuhiro HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen, Mohr, 1966, p. 422 s. Sobre as estranhas origens da Constituição nipônica de 1947 cfr. N. L. NATHANSON, *Constitutional Adjudication in Japan*, in *The American Journal of Comparative Law*, 7 (1958), pp. 195, 217; Teruya ABE, *Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts seit 1952*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 15 (1966), p. 516.

*Prüfungsrecht*, limitado, porém, às leis *cantonais* e que assume uma importância prática muito inferior à do recurso direto. Isto é, afirma-se um geral poder-dever dos juízes suíços de não aplicar as leis cantonais que contrastem com a Constituição Federal, e isto, pelo menos, como consequência implícita do princípio segundo o qual “Bundesrecht bricht kantonales Recht”. Todo tipo de controle judicial de constitucionalidade é excluído, na Suíça, em relação às leis federais, e é esta uma limitação tradicional do sistema suíço que, no entanto, encontra não poucas críticas na moderna doutrina (9).

Além disto, também no Direito norueguês (desde o fim do século passado) e dinamarquês (a partir dos primeiros decênios do nosso sé-

---

9 – Sobre a *staatsrechtliche Beschwerde*, ou *recours de droit public*, que pode ser proposto, dentro de um curto prazo de decadência, mesmo contra atos legislativos, contanto que cantonais, lesivos de certas situações jurídicas constitucionalmente protegidas, cfr. a clássica monografia de Z. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde)*, Zürich, Pflügerischer Verlag, 1933. Pode também ser visto M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 23-35 (trad. espanhola de H. FIX ZAMUDIO, *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1961, pp. 19-29). Além disto Max IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 510-511, 515 ss.

Sobre o poder-dever geral de todos os juízes suíços (e não só do Tribunal Federal) de não aplicar as leis cantonais que contrastam com a Constituição Federal, mesmo aquelas para as quais tenha vencido o prazo para a impugnação direta mediante a *staatsrechtliche Beschwerde*, cfr. IMBODEN, *op. ult. cit.*, pp. 507, 511-515, especialmente p. 513. Sobre a exclusão, ao invés, de todo tipo de controle judicial da constitucionalidade das leis federais, cfr. ainda IMBODEN, *op. ult. cit.*, p. 513 s.; Antoine FAVRE, *Droit constitutionnel Suisse*, Fribourg, Editions universitaires, 1966, p. 427 ss.; Dietrich SCHINDLER [junior], *Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille, Erfahrungen der Vereinigten Staaten – Folgerungen für die Schweiz*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 74 (1955), pp. 289 s., 312 s.; R. H. GROSSMANN, *Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, Zürcher Dissertation, Zürich, Schulthess, 1948, pp. 3-4. Para um panorama da corrente doutrinária que andou criticando tal exclusão, buscando inspiração, sobretudo, no sistema norte-americano, cfr. Ernst WOLF, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1961, pp. 1-4, o qual se pronuncia, de resto, em sentido contrário a tal corrente (*op. ult. cit.*, pp. 230-237).

culo), vem se afirmando como “incontestável” o poder dos tribunais – um poder por estes, porém, exercitado com extrema prudência e muito raramente – de controlar a conformidade das leis com a Constituição, com a consequência de não se aplicar no caso concreto uma lei considerada inconstitucional (10), e algo de semelhante está sendo afirmado, nos ultimíssimos anos, também na Suécia (11).

Mas também na Alemanha e na Itália, Países em que, como é sabido, encontramos hoje um sistema não “difuso”, e sim, “concentrado” de controle, existiu uma ainda que breve experiência de controle de tipo “americano”: assim, na Alemanha na época da Constituição de Wei-

---

10 – Cfr. Frede CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 418-421, 428; Id., *Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*, Karlsruhe, Müller, 1960; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 104. Para novas informações sobre o sistema norueguês, cfr. M. CAPPELLETTI/J.C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79 (1966), p. 1217.

11 – Até 1964, não obstante algumas opiniões doutrinárias discordantes (cfr. sobre o assunto Nils HERLITZ, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Schweden*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 494-497; também Ruth B. GINSBURG/Anders BRUZELIUS, *Civil Procedure in Sweden*, The Hague, Nijhoff, 1965, pp. 10, 131), considerava-se, na Suécia, que, aos juízes daquele País, diferentemente dos juízes noruegueses e dinamarqueses, não competia um poder de *judicial review of legislation*. A opinião foi mudada, radicalmente, a partir da fundamental decisão da Suprema Corte sueca de 13 de novembro de 1964 (publicada in *Nytt Juridiskt Arkiv*, 1964, p. 471 e in *Nordisk Domssamling*, 1965, p. 429). Cfr. sobre o assunto a discussão de Gustav PETRÉN in *Svensk Juristtidning*, 1966, p. 432 e de N. HERLITZ in *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1966, p. 164.

Quanto, ao invés, ao outro País escandinavo, a Finlândia, vale nele, ainda agora, a regra exclusiva de um poder judiciário de controle das leis, cfr. Veli MERIKOSKI, *The System of Government*, no vol. *The Finnish Legal System*, edited by Jaakko UOTILA, Helsinki, The Union of Finnish Lawyers Publishing Co., 1966, pp. 39-40; Paavo KASTARI, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Finnland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 215-217; Voitto SAARIO, *Control of the Constitutionality of Laws in Finland*, in *The American Journal of Comparative Law*, 12 (1963), pp. 194 ss., 203-205. Todavia, tal regra não tem deixado de suscitar amplas discussões na doutrina finlandesa, cfr. as referências em SAARIO, *op. ult. cit.*, notas 32, 34 e 35 nas pp. 203, 205.

mar (12); e, assim, na Itália nos anos de 1948 a 1956, isto é, da entrada em vigor da Constituição “rígida” (1º de janeiro de 1948) até o momento em que começou a entrar em funcionamento a Corte Constitucional (13).

Mas se muito grande foi a difusão do mais antigo sistema (“difuso”) de controle de constitucionalidade, notável é também a difusão que, especialmente nos últimos anos, teve o outro sistema, “austríaco” ou “concentrado”. Postas de lado as efêmeras tentativas de adotá-lo na Tchecoslováquia, em 1920 (14) e na Espanha, em

12 – Cfr., por tantos, ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 106; SPANNER, *Die richterl. Prüfung*, cit., p. 5 (“Die Praxis der Gerichte hat sich nach der grundsätzlichen Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. November 1925 [...] allgemein zur Bejahung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen bekannt, und zwar zu einem Prüfungsrecht, das jedem Gericht zusteht, wenn die Frage der Verfassungsmässigkeit eines Gesetzes eines Vorfrage für die vom Gericht zu treffende Entscheidung bildet. Das Gericht ist [...] nur befugt, dem für verfassungswidrig erachteten Gesetz im konkreten Fall die Anwendung zu versagen”). Extensas informações sobre o assunto podem ser vistas em Gottfried DIETZE, *Judicial Review in Europe*, in *Michigan Law Review*, 55 (1957), p. 544 ss.

13 – Tal fase transitória foi prevista, como é sabido, pelo art. VII, parágrafo 2º, das “Disposições transitórias e finais” da Constituição, esperando, exatamente, a entrada em funcionamento da Corte Constitucional exigida pela Constituição.

Alguns outros precedentes europeus de controle difuso de constitucionalidade das leis são lembrados por David DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, in *American Political Science Review*, 46 (1952), p. 1083, como, também, por ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 104, e por S. CATINELLA, *La Corte Suprema Federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Padova, Cedam, 1934, p. 111 ss., especialmente nas pp. 115, 125 (mas o pouco ou nenhum sucesso prático de tais precedentes não tem necessidade de ser aqui sublinhado). Trata-se de alguns casos, que remontam ao início do século, em que Cortes romenas e gregas se recusaram a aplicar leis inconstitucionais; e trata-se, além disto, do art. 63 da Constituição portuguesa de 1911, que, explicitamente, atribuía este poder de não aplicação às Cortes. Para posteriores desenvolvimentos nos mesmos Países, v. DEENER, *op. ult. cit.*, p. 1087; ENGELHARDT, *op. et loc. ult. cit.*; v. também AZZARITI, *I vari sistemi etc.*, cit., pp. 20 (Romênia), 28 s. (Grécia), 31 s. (Portugal).

14 – A tentativa foi quase contemporânea àquela, bem mais afortunada, da vizinha Áustria, e foi também ela influenciada pelo projeto de Kelsen (originário de Praga). Cfr. os artigos 1º-3º da Lei, de 29 de fevereiro de 1920, preliminar à Carta Constitucional da República tchecoslovaca, e também o art. 102 da Constituição tchecoslovaca de 1920; e v. DEENER, *Judicial Review*, cit. p. 1086; AZZARITI, *I vari sistemi etc.*, cit., pp. 18, 41; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 105 s., 111 s., 115. (A tradução italiana daqueles textos pode ser vista em *La Costituzione della Cecoslovacchia* a cargo de G. SALEMI J., Firenze, Sansoni, 1946).

1931 (15) – tentativas e experiências pouco significativas também por causa da breve e tumultuosa vida daquelas duas Repúblicas (16) – o sistema concentrado foi escolhido e adotado, além de na vigente Constituição da República italiana, de 1º de janeiro de 1948, onde está em vigor desde a data da criação da Corte Constitucional, isto é, desde 1956, também pela Constituição de Bonn, de 23 de maio de 1949 (17), como também pela Constituição da República do Chipre, de 16 de agosto de 1960 (18), pela Constituição da República Turca, de 9 de julho de 1961 (19) e, enfim, pela Constituição, de 7 de abril de 1963, da República Socialista Federativa da Iugoslávia. Esta foi a primeira, e até agora a única, entre as Constituições de um País de regime comunista, a introduzir um sistema de controle de constitucionalidade das leis, controle confiado a uma especial Corte Constitucional Federal além de, no plano regional, a especiais Cortes Constitucionais das seis República federadas (20). Na verdade, também a República Socialista

15 – Cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, in N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, p. 503 ss.; também AZZARITI, *I vari sistemi etc.*, cit., p. 45.

16 – Parece que, nem na Tchecoslováquia, nem na Espanha, a Corte Constitucional nunca teve qualquer oportunidade de exercer o poder de controle de constitucionalidade das leis. Cfr. ENGELHARDT, *op. ult. cit.*, p. 118 i.f.; AZZARITI, *op. et loc. ult. cit.*

17 – Além dos artigos 93-94, 99-100 do *Bonner Grundgesetz*, não deve ser esquecida a lei ordinária sobre o *Bundesverfassungsgericht* de 12 de março de 1951, com posteriores modificações.

18 – Cfr. Willi BLÜMEL, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 643 ss., 676 ss. (neste vol., p. 1005 ss., pode ser vista uma tradução, em língua inglesa, dos artigos da Constituição do Chipre relevantes na matéria). Cfr. também Pavlos TZERMÍAS, *Die Verfassung der Republik Zypern*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 10 (1961), p. 485 ss. (aí uma outra tradução inglesa da Constituição).

19 – Cfr. A. Ülkü AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 73 ss.; Yavuz ABDAN, *Die türkische Verfassung von 1961*, naquele lugar, 13 (1964), p. 325 ss., especialmente p. 408 ss., Tahsin Bekir BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 550 ss. (neste vol., p. 997 ss., uma tradução, em língua alemã, dos artigos da Constituição turca relevantes sobre o assunto).

20 – Quem quer que seja que tenha um mínimo de familiaridade com as concepções comunistas do Direito e do Estado, não pode deixar de salientar a audácia doutrinária e política da inovação introduzida pela Constituição iugoslava (cfr.

Tchecoslovaca, com a lei constitucional n. 143, de 27 de outubro de 1968, atribuiu a uma instituenda Corte Constitucional o controle das leis e de outros atos normativos (20a), mas esta lei permaneceu até agora sem que tenha sido reduzida a ato.

§ 3. Diante deste impressionante panorama geográfico da expansão dos dois contrapostos sistemas, o comparatista não pode deixar de perguntar-se qual seja a *ratio* ou, se se prefere, a “philosophy” que está na base deles.

agora a respeito Paavo KASTARI, *Le caractère normatif et la prééminence hiérarchique des Constitutions*, in *Revue internationale de droit comparé*, 18 [1966], pp. 845-846; J.-P. FERRETJANS, *La Constitution du 7 avril 1963 de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et l'unité marxiste du pouvoir d'état*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 79 [1963], pp. 939 ss., 948 ss.). Vejam-se em geral Nikola SRZENTIČ, *Sur les nouvelles juridictions constitutionnelles de Yougoslavie*, in *Le nouveau Droit Yougoslave*, 15 (1964), números 1-3, p. 21 ss.; Jovan DJORDJEVIC, *Les Cours constitutionnelles en Yougoslavie*, ali, 14 (1963), número 4, p. 9 ss.; Ivo KRBEK *Die Verfassung der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien vom 7.4.1963*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 13 (1964), p. 243 ss., especialmente pp. 267 s., 280 ss.; v. também F. R. LACY, *Yugoslavia: Practice and Procedure in a Communist Country*, in *Oregon Law Review*, 43 (1963), pp. 1, 13-14; Stefan ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA/S. ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 111 s.; C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, p. III; bem como os estudos de G. FRANCHI, *Note sulla giurisdizione costituzionale jugoslava*, in *Riv. dir. proc.*, XXI (1966), p. 397 ss., e V. VIGORITI, *La giurisdizione costituzionale in Jugoslavia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XX (1966), p. 298 ss. Certamente, é ainda muito cedo para se ter uma idéia precisa da importância prática da inovação: o julgamento deve, provisoriamente, limitar-se aos textos legislativos (que, na verdade, são não pouco complexos e, às vezes, ambíguos), de modo particular aos artigos 241-251 da Constituição Federal de 7 de abril de 1963, e à “lei sobre a Corte Constitucional jugoslava” de dezembro de 1963 (uma e outra publicadas em tradução francesa in INSTITUT DE DROIT COMPARÉ, *Recueils des lois de la RSF de Yougoslavie*, vol. VII, Beograd, 1963, e vol. XIV, Beograd, 1965). Limite-me, aqui, a salientar que, por certos aspectos, o instituto iugoslavo pareceria certamente mais inovador que aquele adotado em outras partes da Europa, por exemplo, onde proclama o direito dos juizes discordantes da maioria de fazer registrar em documento o seu voto (art. 68, parág. 3º, da lei acima citada). Todavia, permanece impreciso se o documento possa, enfim, ser tornado do domínio público ou se deva, antes, ser considerado um ato interno de caráter reservado.

20a – Veja-se o texto da lei no *Bulletin de Droit Tchecoslovaque*, XXVII (1971), pp. 75 ss., 103 ss.

Comecemos pelo sistema mais antigo, ou seja, pelo “difuso”, e omitamos, nesta sede, toda pesquisa – desenvolvida no capítulo precedente – sobre suas razões históricas.

Pois bem, a doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial “difuso” de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi precisada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Alexander Hamilton (21). Raciocina-se, em última análise, deste modo:

a função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;

uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios “lex posterior derogat legi priori”, “lex specialis derogat legi generali”, etc.;

mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério “lex superior derogat legi inferiori” – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja “rígida” e não “flexível”, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento (22), ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen* (23).

21 – Cfr. *The Federalist*, vol. II, Nº LXXVIII, p. 294, New York, 1788: citado em Charles L. BLACK, Jr., *The People and the Court, Judicial Review in a Democracy*, New York, Macmillan, 1960, pp. 158, 229.

22 – Cfr. o art. 5º alínea e da Lei nº 2248, de 20 de março de 1865, e v., por exemplo, CALAMANDREI, *La illegittimità costituz. delle leggi nel proc. civ.*, cit., p. 8 s. Também na França *l'acte réglementaire illégal* não deve ser aplicado pelos tribunais em face da *exception d'illégalité*; os tribunais ordinários não anulam o ato com efeito *erga omnes*, limitam-se a não aplicá-lo no caso concreto. É por isso que se fala de uma mera exceção, e não de uma ação, de ilegalidade: o que não exclui, de resto, a possibilidade de ação de anulação perante o *Conseil d'Etat*. Cfr. C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1959, p. 128 s.

23 – Cfr. E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 144 s.

Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja “relevante” uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, *deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda* (24).

§ 4. A linearidade, a coerência e a simplicidade deste raciocínio são tais que, a quem não tenha aprofundado o fascinante assunto, pode ocorrer perguntar-se por qual estranha razão a Constituição austríaca de 1920-1929 tenha preferido por em prática, ao contrário, um sistema de controle “concentrado” de constitucionalidade das leis (25); e por qual, então, ainda mais estranha razão este mesmo sistema tenha sido imitado por Constituições, também recentíssimas, dos numerosos Países (todos de “civil law”) antes mencionados, ou seja, Tchecoslováquia e Espanha e, depois, Itália, Alemanha, Chipre, Turquia e Iugoslávia.

Mas, não obstante a aparente estranheza, a solução adotada pela Constituição austríaca de 1920 e, depois, pelas outras Constituições há pouco recordadas, não estava, absolutamente, desacompanhada de boas razões, como pretendo agora demonstrar.

No método de controle “difuso” de constitucionalidade — no denominado método “americano”, em suma — *todos os órgãos judiciá-*

24 — Já A. DE TOCQUEVILLE (*De la Démocratie en Amérique*, I, Bruxelles, Méline, Cans et Co., 1840, ch. VI, p. 174 ss.) observava que, se a Constituição é “la première des lois”, e não pode ser mudada por lei ordinária, disto deriva a lógica consequência de que os tribunais devem obedecer à Constituição de preferência a todas as outras leis ordinárias: “ceci tient à l'essence même du pouvoir judiciaire. Choisir entre les dispositions légales celles qui l'enchaînent le plus étroitement est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat” (p. 179). A solução diversa, afirmada na França, explica-se — segundo o grande escritor francês — com base na “raison d'État” antes que com base na “raison ordinaire” (p. 180) a qual, esta última, pôde ser afirmada, ao invés, nos Estados Unidos da América. A consequência é que, na França, diferentemente dos Estados Unidos, a superioridade da Constituição é mais nominal que efetiva: “en refusant aux juges le droit de déclarer les lois inconstitutionnelles, nous donnons indirectement au corps législatif le pouvoir de changer la constitution, puisqu'il ne rencontre plus de barrière légale qui l'arrête” (p. 179).

25 — V. sobre o tema, recentemente, Erwin MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 445, 486 e *passim*.

rios, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho — uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia, Suíça e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália — a introdução deste método “difuso” de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do “stare decisis”. Pois bem, a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional (26). Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros “contrastes de tendências” entre órgãos judiciários de tipo diverso — que se manifestam, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa (27), — ou entre órgãos judiciários de diverso grau: por exemplo, uma maior inclinação dos órgãos judiciários inferiores, compostos usualmente de juízes mais jovens e, por-

26 — Cfr. sobre o tema também F. PIERANDREI, verbete *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, especialmente pp. 881, 886 s.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Constitution, en tant que loi fondamentale, en Europe occidentale*, in BISCARETTI DI RUFFIA/ROZMARYN, *La Constitution comme loi fondamentale etc.*, cit., p. 72 s., AZZARITI, *I vari sistemi etc.*, cit., p. 9; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 108.

27 — Como, oportunamente, assinala ENGELHARDT, *op. et loc. ult. cit.* (também com base na experiência grega, a que poderíamos acrescentar a experiência italiana dos anos 1948-56), nos Países que, diferentemente dos U.S.A., têm um sistema de justiça administrativa culminando em órgãos judiciários diferenciados; soma-se, exatamente, um grave perigo que é evitado, ao invés, pelo sistema americano: o de um contraste entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa, que acaba no contraste entre os dois órgãos supremos respectivos.

tanto, menos ligados a um certo passado, a declarar a inconstitucionalidade de leis que os juizes superiores (e mais velhos) tendem, ao contrário, a julgar válidas, como, exatamente, se verificou com notoriedade na Itália, no período de 1948-1956, e como, pelo que leio, continua a se verificar, de maneira impressionante, no Japão (28). A consequência, extremamente perigosa, de tudo isto, poderia ser uma grave situação de conflito entre órgãos e de incerteza do direito, situação perniciosa quer para os indivíduos como para a coletividade e o Estado. Tampouco a não aplicação, mesmo reiterada, de uma lei por parte do órgão supremo da justiça poderia impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário, nem, muito menos, uma mudança de opinião do órgão supremo.

Mas não basta. Ulteriores inconvenientes do método “difuso” de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo. O exemplo típico é oferecido por um Colega japonês — o Japão é, exatamente, um dos Países onde o inconveniente está se manifestando mais seriamente (29): Tício instaura um procedimento, arguindo a inconstitucionalidade de uma lei em matéria tributária e obtém a não aplicação dela no caso concreto; mas — continua o nosso ilustre autor — “according to the individual — effect theory, the law *per se* remains in force and binding on taxation offices”; com a consequência de que, para obter a não aplicação da lei, isto é, para obter o mesmo tratamento de Tício, qualquer sujeito interessado deverá, por sua vez, instaurar um novo processo (30).

28 — Cfr. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, cit., pp. 336-337; ABE, *Die Entwicklung des japan. Verfassungsrechts*, cit., p. 537.

29 — Cfr. HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, cit., p. 424 s.

30 — Poder-se-ia, na verdade, discutir a teoria, que HAYASHIDA reafirma com grande decisão e de maneira ainda mais geral na p. 425 (“regarding the executive, even if the cabinet considers a law unconstitutional, it shall hold itself responsible to the Diet for any failure to apply and administer the law as long as it remains in force”), segundo a qual a lei inconstitucional é sempre vinculatória para

Tão graves inconvenientes práticos, com sérias consequências de conflito e de incerteza, poderiam ser evitados ou, como foi feito na Suíça, atribuindo-se ao órgão supremo da justiça ordinária um poder de decisão que é susceptível de se estender, também, além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional (31) — mas se cria, então, um sistema que está, no mínimo, a meio caminho entre o “difuso” e o “concentrado” de controle; ou também, como acontece na Noruega, Dinamarca e Suécia, convencendo-se os juizes a exercitarem, com extrema prudência e moderação, o poder de não aplicação das leis, o que pressuporia, porém, uma série de condições, dificilmente reproduzível, tanto no ordenamento judiciário, quanto nos órgãos legislativos e, em geral, na sociedade (32). Certo é que, enquanto nos Países escandinavos o controle “difuso” de constitucionalidade das leis tem uma importância mais teórica que prática — ele teve, de fato, até agora, como reconhecem os constitucionalistas daqueles Países, um papel muito modesto (33) — nos outros Países de *civil law*, talvez com a única exceção da Suíça — uma exceção que, co-

---

os órgãos tributários. Mas a discussão não teria muito valor prático. Com efeito, é um dado de fato que, não só no Japão, mas também na Itália e em outros Países, aquela teoria, a meu ver infundada, encontra ampla aceitação, sem embargo do caráter “rígido” da Constituição. Cfr. a crítica em M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 76 ss., 84 ss.

31 — É o poder pertencente, exatamente, ao Tribunal Federal suíço. Cfr. F. FLEINER/Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1949, pp. 887-88, 897-98; G.A. CODDING, Jr., *The Federal Government of Switzerland*, Boston, Houghton Mifflin, 1961, pp. 102 s., 106; IMBÖDEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., p. 516; também W.J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary (A Comparative Study in Constitutional Law and Organisation of Courts in Federal States)*, the Hague, Mouton, 1959, p. 109; CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, cit., p. 35.

32 — Cfr. CAPPELLETTI/ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1217.

33 — Cfr. CASTBERG, *Die Zuständigkeit*, cit., p. 10; Id., *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, cit., pp. 417, 420; Torstein ECKHOFF, *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, in *Scandinavian Studies in Law*, 9 (1965), p. 28; James A. STORING, *Norwegian Democracy*, London, Allen & Unwin, 1963, p. 156; cfr. também *Danish and Norwegian Law. A General Survey* edited by the Danish Committee on Comparative Law, Copenhagen, Gad, 1963, p. 13; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 104.

mo foi visto e ainda melhor se verá (*infra* § 7), encontra, de qualquer modo, especialíssimos limites e explicações — aquele tipo de controle resultou em um manifesto insucesso (34).

§ 5. Este insucesso e as acima lastimadas graves conseqüências de conflito e de incerteza foram evitados nos Estados Unidos da América, como também nos outros Países de *common law*, em que vige o sistema de controle judicial “difuso” de constitucionalidade. Ali vale, de fato — e ainda que com muitas atenuações das quais, porém, não é aqui necessário falar porque elas não negam a substancial validade de nossas presentes considerações — o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual “a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction” (35). O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam sur-

---

34 — Sobre este insucesso cfr., ainda, *infra*, § 7. No que concerne à Suíça, pode, aqui, ser acrescentada a observação de que, se bem que não seja apropriado falar de um insucesso do sistema de *judicial review* ali adotado, pode-se, no entanto, pelo menos, partilhar da tese de um escritor suíço, segundo o qual, diferentemente dos U.S.A., na Suíça a doutrina do controle judicial das leis não se tornou jamais “ein führendes verfassungsrechtliches Prinzip”. Cfr. GROSSMANN, *Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen etc.*, cit., p. VIII. Efetivamente, o sucesso do sistema suíço é devido, muito mais que ao poder de controle “difuso” de que se falou acima, texto e nota 9, ao instituto da *staatsrechtliche Beschwerde* que comporta, porém, como também foi aludido (*supra*, nota 9), um recurso que só o Tribunal Federal é competente para julgar. Sob este e mais importante aspecto, o Direito suíço apresenta-nos, portanto, antes um sistema de controle “concentrado” que um sistema “difuso”. Cfr. ainda GROSSMANN, *op. ult. cit.*, p. 3 s.; GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 6 s., 14.

35 — Cfr. CAPPELLETTI/ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1215. No México, procura-se chegar a análogos resultados, ou seja, evitar as graves conseqüências indicadas no texto, seja por força de um limitado vínculo aos precedentes (a “jurisprudência”) da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (cfr. M. CAPPELLETTI, verbete *Amparo*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 330), seja por força do novo e engenhoso — mas, pelo que sei, até agora pouco ou nada aplicado — instituto da “suplencia de la queja deficiente” em matéria de leis declaradas inconstitucionais pela “jurisprudencia” da *Suprema Corte*. Cfr., por todos, FIX ZAMUDIO, *Juicio de Amparo*, cit., pp. 403 s., 406-408, e v. *infra*, cap. V, texto e nota 11.

gir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada (36). Uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo “on the books”, é tornada “a dead law”, uma lei morta (37), conquanto pareça que não tenham faltado alguns casos, de resto excep-

---

36 — É interessante notar que esta fundamental conseqüência, uma verdadeira transformação em pronunciamento com eficácia *erga omnes* daquele que *per se* seria uma pura e simples *cognitio incidentalis* de inconstitucionalidade com eficácia limitada ao caso concreto, é o resultado da regra do *stare decisis*, a qual não apenas é, em geral, menos rigorosamente observada na América que na Inglaterra, mas é, além disto, nos próprios Estados Unidos, menos rigorosamente observada em matérias constitucionais que em outras matérias, em conseqüência do caráter mais dinâmico e da disciplina mais lacunosa e genérica de tais matérias, que implicam em uma interpretação mais acentuadamente evolutiva. Emerge disto, parece-me, o insuficiente fundamento de certas tentativas, velhas e recentes, de negar, ou de atenuar excessivamente, a importância da própria regra como um dos elementos diferenciadores dos sistemas denominados anglo-saxônicos em relação aos continentais (veja-se, por exemplo, já há algum tempo, MARC ANCEL, *Réflexions sur l'étude comparative des Cours suprêmes et le "Recours en Cassation"*, in *Annales de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, I, 1934, p. 301). A verdade é que, quando se afirma, como por muitos autores é feito (cfr., por exemplo, recentemente WOLF, *Verfassungsgerichtsbarkeit u. Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten*, cit., p. 215), que “no campo da justiça constitucional, o princípio do *stare decisis* foi praticamente suprimido”, diz-se apenas uma meia verdade, visto que se alude não tanto a uma falta de eficácia geral da interpretação da Constituição por obra das decisões da *Supreme Court* — eficácia que se manifesta inegavelmente em relação a outras Cortes e em geral a outros órgãos públicos — quanto à possibilidade de que a *Supreme Court* mesma mude, posteriormente, a própria jurisprudência.

37 — CAPPELLETTI/ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1215.

cionalíssimos, de revivescimento de uma tal lei por causa de uma “mudança de rota” daquela Corte (38).

Vê-se, deste modo, como aquele simples e claro raciocínio, que, como disse, fora já limpidamente formulado por Hamilton no *Federalista* e que, depois, esteve na base da sentença de 1803, no caso *Marbury versus Madison*, tenha vindo, na realidade, a operar em um plano enormemente mais vasto e comprometedor do que aquele que, à primeira vista, se podia imaginar. Na verdade, aquele raciocínio inclinava-se, aparentemente, a resolver o problema da inconstitucionalidade das leis no terreno da pura e simples interpretação das próprias leis: já que — dizia-se — a lei constitucional é “mais forte” do que a lei ordinária, o juiz, devendo decidir um caso em que seria relevante uma lei que ele julgue contrária à norma constitucional, deve “interpretar o direito” no sentido de dar a prevalência à norma constitucional, e não, àquela inconstitucional. Portanto: não *invasão* do juiz na esfera do poder legislativo, mas, antes, pura e simples *não aplicação* da lei naquele dado caso concreto (39). Mas eis, ao invés, que, mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela “mera não aplicação”, limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juízes e para os outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira *anulação da lei*, além disso, com efeito, em geral, retroativo (40).

§ 6. Se queriam chegar a este ou a semelhante resultado, os Países da Europa continental e, em geral, os Países a cuja tradição jurídica é estranho o princípio do *stare decisis*, deviam, obviamente, operar com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema

38 — Muito mais freqüente tem sido o caso inverso, ou seja, o caso de sentenças que, em um primeiro momento, declararam a legitimidade constitucional de uma disposição normativa posteriormente considerada, ao invés, inconstitucional.

39 — De fato, cfr. Carlo ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), reimpressão, Milano, Giuffrè, 1964, especialmente p. 21 s.

40 — Remeto, sobre este assunto, também para as necessárias particularizações, ao quinto capítulo deste volume.

estadunidense e em outros sistemas de *common law* (41). Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, *com eficácia erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes.

Colocados diante desta exigência, os “países” da Constituição austríaca julgaram dever criar um órgão judiciário adequado, um *Verfassungsgerichtshof*, isto é, uma especial Corte Constitucional (42); e a mesma solução foi escolhida, contemporaneamente, na Tchecoslováquia (43) e, posteriormente, na Espanha (44), na Itália (45), na Alemanha (46) e, finalmente, nos três Países acima mencionados que, nos úl-

41 — Que a regra do *stare decisis* seja alheia ao espírito dos sistemas jurídicos de base romanista, pode-se dizer, não obstante, sem desconhecer a importância capital que, também nestes sistemas, pode assumir — e com freqüência assume — a jurisprudência como fonte não formal do direito (denominada *auctoritas rerum similiter judicatarum*). Também deve ser reconhecido, de resto, que não faltaram, nem faltam, sistemas de *civil law* que adotaram, ainda que dentro de certos limites e, substancialmente, com caráter inteiramente excepcional (e sem um sucesso prático digno de nota), a idéia do vínculo aos precedentes. Cfr., de fato, sobre os *Parlements* pré-revolucionários franceses que, não apenas (como foi mostrado acima, no cap. II, § 3), introduziram, na França, uma espécie de controle judicial das leis, mas formularam, igualmente, uma doutrina da força vinculatória dos precedentes, doutrina suprimida, porém, também ela, pela Revolução, R. DAVID/H. P. DE VRIES, *The French Legal System*, New York, Oceana, 1958, p. 113. Para outros exemplos menos remotos (Hungria), ou ainda agora válidos (Espanha), de sistemas jurídicos nos quais os precedentes judiciais são ou foram (pelo menos em parte) vinculatórios, cfr. I. ZAJTAY, *Begriff, System und Präjudiz in den kontinentalen Rechten und im Common Law*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 165 (1965), pp. 97, 103 texto e notas 30, 31; R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>2</sup>, Paris, Dalloz, 1966, p. 138 com remissões. Veja-se também *supra*, nota 35.

42 — Artigos 137-148 do *Bundesverfassungsgesetz* austríaco.

43 — Art. 102 da Constituição tchecoslovaca de 1920. Cfr. DEENER, *Judicial Review*, cit., p. 1086.

44 — Veja-se *supra*, nota 15 e texto correspondente.

45 — Artigos 134-137 da Constituição de 1948, concernentes à Corte Constitucional.

46 — Artigos 92-94, 98-100 e 126 da Constituição de Bonn, relativos ao *Bundesverfassungsgericht*.

timos tempos, também adotaram o sistema “concentrado” de controle de constitucionalidade (47).

Esta solução deu lugar, portanto, ao que foi chamado o controle “concentrado” de constitucionalidade das leis: concentrado, precisamente, em um único órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para esta função de controle normativo (“Normenkontrolle”), isto é, de “richterliche Prüfung von Gesetzen” ou “judicial review”, além de para algumas outras funções de garantia constitucional, que a nós não interessam nesta sede (por exemplo, composição de conflitos entre certos órgãos do Estado, decisão sobre as acusações contra certos altos funcionários, exame da constitucionalidade dos partidos políticos, etc.).

O sistema de controle “concentrado” de constitucionalidade está baseado em uma doutrina radicalmente contraposta àquela, acima examinada (v. o § 3), sobre que está fundado, ao invés, o sistema “difuso”. Com efeito, é óbvio que no sistema “concentrado” não vale mais o clássico raciocínio de Hamilton e de Marshall, que resolvia — ao menos aparentemente (*supra*, § 5) — o problema da lei inconstitucional e do seu controle judicial, em plano de mera interpretação e de conseqüente aplicação ou não aplicação da lei. Em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com a exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. Na verdade, no sistema de controle “concentrado”, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns — civis, penais, administrativos — são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da

47 — *Supra*, § 2, texto e notas 18, 19 e 20. Na verdade não faltam, nos sistemas adotados por estes Países, algumas anomalias, como, por exemplo, aquela que se torna saliente na comparação entre o art. 144, parág. 3º, e o art. 148 da Constituição da República do Chipre: cfr. sobre o tema BLÜMEL, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern*, cit., pp. 681 ss., 736 s.; v. também R. BERNHARDT, *Vergleichende Sachberichte: Normenkontrolle*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 736 s. texto e notas 109-110.

validade das leis (48). Eles devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente — como acontece na Itália e na Alemanha, mas não na Áustria (49) — o seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo. De modo que, não de todo injustificadamente — embora, a nosso ver, não corretamente — alguns estudiosos (50) acreditaram poder falar, a este respeito, de uma verdadeira *presunção de validade das leis* (51) que tem efeito para todos os juízes com a única exceção da Corte Constitucional: uma presunção que, obviamente, não pode absolutamente ser configurada, ao invés, nos sistemas que adotaram o método de controle “difuso” de constitucionalidade.

§ 7. Examinaremos, no capítulo seguinte, qual seja o mecanismo para levar às várias Cortes especiais Constitucionais as questões de inconstitucionalidade das leis e qual seja, portanto, nos sistemas de controle “concentrado”, o único modo possível de afastar, para os juízes comuns, aquela denominada “presunção de validade”. Mas, neste momento, é outro o problema que parece oportuno examinar.

Foi visto que, muito embora o método americano seja o de um controle “difuso” que pertence a todos os juízes, inferiores e superiores, estaduais e federais, é também verdadeiro, no entanto, que, praticamente, a última palavra através do sistema das impugnações acaba por competir às Cortes Superiores e, definitivamente, à *Supreme Court* federal (pelo menos no que concerne à conformidade com a Constitui-

48 — Cfr. entre tantos MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, cit., pp. 445, 459-460; FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 136-137.

49 — Remeto, sobre este assunto, ao IV Capítulo deste volume, §§ 2-4.

50 — Veja-se, por exemplo, uma alusão em tal sentido ainda em C. CERETI, *Funzione legislativa e controllo di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VIII (1958), p. 57.

51 — Referências e críticas à teoria da presunção de validade das leis, que se tem por costume fazer remontar a LABAND, podem ser vistas em ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 34 ss.; DIETZE, *Judicial Review in Europe*, cit., p. 554; CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, cit., p. 84 ss.

ção Federal), cujas decisões, por força da regra do *stare decisis*, são, depois, vinculatórias para todos os outros juizes e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido.

Mas é um dado de fato que a *Supreme Court* americana — como também, por exemplo, a Suprema Corte japonesa, criada, parcialmente sob modelo americano, pela Constituição de 1947 (52) — não é o exato equivalente do *Verfassungsgerichtshof* austríaco, ou da Corte Constitucional italiana, ou do *Bundesverfassungsgericht* alemão. Com isto quero dizer que a Corte Suprema americana e, igualmente, os órgãos judiciários supremos dos outros sistemas “difusos” de *judicial review* não são absolutamente órgãos judiciários com funções exclusivamente constitucionais e judicantes como consequência de um procedimento especial *ad hoc*, como são, ao invés, os órgãos judiciários europeus, há pouco mencionados. Ao contrário, a *Supreme Court* outra coisa não é que o mais alto entre os ordinários órgãos judiciários federais americanos e a ela, como deve ser sublinhado (53), chega-se não mediante especiais procedimentos, mas através do *iter* das normais impugnações e recursos. Ela, afinal de contas, corresponde, eventualmente, *grosso modo*, à Corte Suprema de Cassação italiana, ao *Oberster Gerichtshof* austríaco ou ao *Bundesgerichtshof* alemão, antes que às Cortes Constitucionais dos Países europeus. Um constitucionalista norte-americano, corretamente, sublinhou que é um erro tradicional o de se ir à procura de um ou outro procedimento especial, como, por exemplo, o *writ of habeas corpus* ou, ainda, o *writ of error* ou o *writ of certiorari*, para servir de base à *judicial review of legislation* do sistema norte-americano (54): ao contrário, a “regra fundamental” daquele sistema é que não existe qualquer tipo especial de procedimento — assim como não existe um órgão especial competente — para as questões constitucionais, as quais “se deciden se-

52 — Cfr. John M. MAKI, *Court and Constitution in Japan. Selected Supreme Court Decisions 1948-60*, Seattle, University of Washington Press, 1964, p. XV e *passim*; HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, cit., p. 421 ss.

53 — Para um desenvolvimento deste ponto remete-se ao IV Capítulo, § 1.

54 — GRANT, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., p. 34.

gún surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven” (55).

Surge, pois, neste ponto, uma interessante pergunta: por que, então, a Constituição austríaca de 1920-29 e, em suas pegadas, as posteriores Constituições italiana, alemã e de outros Países (Chipre, Turquia e Iugoslávia) preferiram a gravosa, incerta e custosa solução de criar órgãos judiciários *totalmente novos*, as Cortes Constitucionais? Por que, em síntese, elas não preferiram escolher o caminho mais simples de atribuir — ainda que de maneira “concentrada” e, de qualquer modo, com eficácia *erga omnes*, a fim de evitar os inconvenientes assinalados acima, *sub* § 4 — a função de controle de constitucionalidade das leis a algum dos órgãos judiciários já existentes, por exemplo, à Corte de Cassação na Itália, ao *Oberster Gerichtshof* na Áustria, ao *Bundesgerichtshof* (o velho *Reichsgericht*) na Alemanha (56)? O exemplo suíço do Tribunal Federal, como já se referiu (*supra*, § 4), teria podido representar, pelo menos em parte, um útil precedente neste sentido (57). Cada

55 — GRANT, *op. et loc. ult. cit.* De qualquer modo, deve ser observado que, se é formalmente exato que a *Supreme Court* é um órgão de jurisdição ordinária, não se pode, todavia, esquecer que, na prática, ela está assumindo, no ordenamento americano, uma posição não muito diferente daquela que os tribunais constitucionais europeus, já lembrados, assumem em seus ordenamentos. De fato, existe a tendência para limitar a atividade da *Supreme Court*, exclusivamente, à decisão das mais importantes questões de constitucionalidade e à composição dos conflitos entre a Federação e os Estados-membros. Sobre esta evolução v., por todos, P.A. FREUND, *The Supreme Court of the United States. Its Business, Purposes and Performance*, Cleveland and New York, The World Publ. Co., 1961, p. 183; W.H. TAFT, *The Jurisdiction of the Supreme Court Under the Act of February 13, 1925*, in *Yale Law Journal*, XXXV (1925), pp. 2-3; Edward McWHINNEY, *Federal Constitutional Courts and their Judges, as Instruments of a Democratic Polity*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, cit., p. 516.

56 — E por que motivo então — também se poderia acrescentar — até no Japão, alguns dos não poucos críticos do método (“americano”) de *judicial review*, lá adotado a partir de 1947, têm sugerido *de jure condendo* uma preferência pela escolha feita nos mencionados países europeus? Cfr. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, cit., p. 336; v. também HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, cit., p. 426 in nota.

57 — Também o sistema introduzido pelo art. 34 da Constituição irlandesa, de 1º de julho de 1937, teria podido constituir um precedente interessante. Cfr. a tradução italiana daquela Constituição em B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le Costituzioni europee*, Milano, Edizioni di Comunità, 1954, p. 396 ss. Igualmente,

um dos três mencionados órgãos judiciários europeus tem, como o Tribunal Federal suíço, uma (mais ou menos) gloriosa tradição em seu respectivo País (58) e é especializado na solução das mais árduas questões de direito: de onde poderíamos facilmente ser induzidos a pensar que cada um deles teria sido capaz de exercitar a nova, árdua e importante função de controle das leis, muito melhor que um órgão judiciário inteiramente destituído de tradições e destituído, portanto, de uma secular experiência e autoridade.

Mas, também, aqui, a mim não parece que a solução adotada pela Constituição austríaca e, depois, pelas Constituições européias que trilham o mesmo caminho, deixasse de ter muito razoáveis justificações. Sem embargo de que se pudessem evitar os inconvenientes indicados no § 4, com a atribuição às ordinárias Cortes Supremas européias do poder de *judicial review*, teriam permanecido, ainda assim, outros e muito graves inconvenientes, que apenas com a criação de novos e especiais órgãos de justiça constitucional puderam, ao invés, ser evitados.

Estes inconvenientes se unem à estrutura do ordenamento judiciário, que, nos sistemas da Europa continental, é, usualmente, constituído por juízes de carreira que entram jovens na magistratura e só em idade avançada, e, em grande parte, fundados em sua demonstrada habilidade no interpretar as leis, com rigor lógico e precisão, chegam a funções ligadas à atividade das Cortes Supremas. Certo é que as normas das Constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das Cortes Supremas européias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na magistratura, foram, por

---

diga-se para alguns Países da América Latina, por exemplo, para o Uruguai, em que o controle de constitucionalidade das leis é concentrado, exclusivamente, na Corte Suprema da justiça ordinária (cujos pronunciamentos, porém, não têm eficácia *erga omnes*, mas limitada ao caso concreto, o que prejudica, fortemente, a efetividade do sistema), devendo todos os outros juízes suspender um processo, no qual surja uma questão de constitucionalidade. Cfr. VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, cit., pp. 36 s., 47 s., 61 ss. e *passim*. Para o sistema canadense, v. acima, nota 7.

58 – Cfr. o vol. publicado a cargo de Julius MAGNUS, *Die Höchsten Gerichte der Welt*, Leipzig, Moeser, 1929, a p. 3 ss. sobre o *Reichsgericht* alemão, p. 238 ss. sobre a Corte de Cassação italiana e p. 302 ss. sobre a *Oberster Gerichtshof* austríaca.

decênios, habituados a interpretar, a observar e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de “policy-making decisions” que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade de controle da validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional. As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a *dizer estaticamente o que é o direito*, a “dar uma ordem” para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, *diretrizes e programas dinâmicos de ação futura*. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em *uma polêmica contra o passado* e em *um programa de reformas em direção ao futuro*. Disso decorre que a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz “de carreira”, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, eqüitativa (59). Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes –

---

59 – Cfr. M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Padova, Cedam, 1958, pp. 83-164; podem ser vistos também Otto KIRCHHEIMER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 93 ss., especialmente p. 97 ss.; K. ZWEIGERT, *Zum richterlichen Charisma in einer ethisierten Rechtsordnung*, in *Festgabe für Carlo Schmid*, Tübingen, Mohr, 1962, pp. 299, 303-305. Em geral sobre a problemática tocada no texto cfr. também Fred V. CAHILL, Jr., *Judicial Legislation*, New York, Ronald Press, 1952; especialmente p. 46 ss.; Otto BACHOF, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, in *Summum ius summa iniuria* (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen), Tübingen, Mohr, 1963, p. 41 ss.; Gerd ROELLECKE, *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg, Verlagsgesellschaft “Recht und Wirtschaft”, 1961. Cfr. também ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., p. 24: “Não se esconde que, em alguns casos, a incerteza do limite imposto ao legislador transforma em *discricionário e político* o julgamento a seu respeito”.

pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica — da atividade do legislador e do homem de governo que da dos juizes comuns: de maneira que pode-se bem compreender como Kelsen na Áustria, Calamandrei na Itália e outros não poucos estudiosos tenham considerado, ainda que, erradamente, em minha opinião (60), dever falar aqui de uma atividade de natureza legislativa (“Gesetzgebung” ou, pelo menos, “negative Gesetzgebung”) antes que de uma atividade de natureza propriamente jurisdicional.

Estas considerações foram amplamente comprovadas pela experiência prática. Já se disse que, tanto na Alemanha, à época da Constituição de Weimar (61), quanto na Itália, nos anos de 1948-56 (62), se teve a provisória experiência de um sistema de controle judicial “difuso” de constitucionalidade das leis, controle que, competindo a todos os juizes comuns, acabava, obviamente, por ser exercido, em última instância, respectivamente pela *Reichsgericht* e pela Corte de Cassação, isto é, pelos tribunais supremos ordinários do ordenamento judiciário dos dois Países. Pois bem, parece, antes de mais nada, certo que o sistema não deu lugar a bons resultados, na Alemanha (63). E quanto, enfim, à Itália, todos aqueles que viveram a experiência daqueles oito anos, nos quais a Corte de Cassação, freqüentemente secundada pelo Conselho de Estado, usou de sua habilidade hermenêutica muito mais no sentido da não atuação da norma constitucional (64), não poderão desconhecer que a Corte de Cassação, e gostaria de dizer *sobretudo* a

60 — Cfr. também para as referências, M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Riv. dir. proc.*, XV (1960), p. 376 ss., especialmente p. 384 ss. (e em tradução em língua portuguesa in *Revista de Direito Processual Civil* [São Paulo, Brasil], 2 [1961], p. 37 ss., especialmente p. 44 ss.).

61 — *Supra*, § 2, texto e nota 12.

62 — *Supra*, § 2, texto e nota 13.

63 — Vejam-se Hubert SCHORN, *Der Richter im dritten Reich*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1959, p. 23; SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, cit., pp. 4-6, 22-28, 38; cfr. DIETZE, *Judicial Review in Europe*, cit., pp. 545-547; também CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., p. 118ss.

64 — Cfr. a ampla e apaixonada demonstração de P. CALAMANDREI, *Come si fa a disfare una Costituzione*, Bari, Laterza, 1955 (do volume coletânea *Dieci anni dopo: 1945-1955*, Bari, Laterza, 1955, pp. 209-316).

Corte de Cassação, deu péssima prova de sua idoneidade como juiz em matéria de controle de legitimidade constitucional. Por isso, parece, verdadeiramente, que a história secular daquele órgão judiciário, antes de lhe ter servido de benefício, nesta matéria, lhe tenha servido mais facilmente de obstáculo e de incômodo (65).

Nem estas confirmações práticas das supra-expostas considerações encontram alguma exceção em outros Países. Não nos Países escandinavos, onde, prescindindo de outras considerações, o modesto papel desempenhado pelas Cortes Supremas e pelos juizes em geral, em tema de controle de leis, é, via de regra, reconhecido (66). Não no Japão, onde parece que, pelo menos nos primeiros três lustros da entrada em vigor da Constituição, em nenhum caso a Corte Suprema daquele País teve a coragem de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, e que este fato deve ser atribuído, também, à mentalidade dos juizes de carreira daquela Corte (67). E não, enfim, na Suíça, onde o sucesso prático da atividade de *judicial review*, exercida pelo *Tribunal Federal*,

65 — Seja aqui dito, incidentalmente, que não parece se possa supor que a *Cour de Cassation* francesa soubesse manifestar uma sensibilidade maior que aquela da Corte italiana aos problemas de constitucionalidade das leis. Efetivamente, em algumas ocasiões, não apenas a doutrina — com nomes notáveis como HAURIOU, DUGUIT, JÈZE: V. *supra*, Cap. I, texto e notas 10 e 11 — mas também algumas cortes inferiores tentaram formular a idéia de um poder de controle judicial “difuso” da constitucionalidade das leis, na França; mas, como agora acentuam dois constitucionalistas franceses, “la Cour de Cassation et le Conseil d’Etat se refusent inébranlablement à examiner le moyen d’inconstitutionnalité d’une disposition législative, que des plaideurs invoquent parfois à l’appui de leur cause”. Cfr. Charles EISENMANN/Léo HAMON, *La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit Français (1875-1961)*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 240. (De “une certaine insensibilité du Conseil d’Etat aux innovations constitutionnelles” fala, agora, também Georges VEDEL, *Préface* a: Francine BATAILLER, *Le Conseil d’Etat juge constitutionnel*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1966, p. IV). Análoga constatação podemos fazer, na Bélgica, cfr. Pierre WIGNY, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1952, I, § § 103-104, p. 191 ss., e II, § 604, p. 781.

66 — *Supra*, § 4 texto e nota 33.

67 — Cfr. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, cit., p. 336; MAKI, *Court and Constitution in Japan*, cit., pp. XXX, XLIII; veja-se, porém, Masami ITO, *The Rule of Law: Constitutional Development*, in *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society*, edited by A. T. VON MEHREN, Cambridge, Mass.,

leva-nos, antes, a uma confirmação que a um desmentido, se se imagina que aquela Corte se compõe de vinte e seis juizes que *não são juizes de carreira*, mas, ao invés, eleitos pela Assembléa Federal (68).

À luz de uma experiência de quase dois séculos, parece, ao contrário, correta a opinião de que os juizes da *Supreme Court* americana se mostraram, em geral — e salvo alguns críticos períodos da história daquela Corte — à altura do pesado encargo: e não existe quem não saiba que muitos entre os nomes mais ilustres da história norte-americana foram, exatamente, nomes de juizes daquela Corte. Mas isto deve ser ligado certamente a múltiplas circunstâncias, entre as quais vale a pena sublinhar o fato de que o encargo de “judicial review of legislation”

---

Harvard University Press, 1963, pp.205, 238 texto e nota e NATHANSON, *Constitutional Adjudication in Japan*, cit., pp.202, 216, que lembram, ao invés, um ou dois casos; veja-se também Theodore McNELLY, *Contemporary Government of Japan*, London, Allen & Unwin, 1963, p.168, o qual precisa que “the Supreme Court [of Japan], with the exception of certain laws passed to implement Occupation directives, has never held any law, order, regulation, or official act unconstitutional”. Nem parece que a situação tenha melhorado nos últimos anos, se, em um escrito de 1966, um Colega japonês exprime que “bisher wurden nur ein Gesetz, eine Verordnung und zwei Urteile der unteren Gerichte durch den Obersten Gerichtshof als verfassungswidrig erklärt”; cfr. ABE, *Die Entwicklung des japan. Verfassungsrechts*, cit., p.537. Cfr. também DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*<sup>2</sup>, cit., p.549, onde se lê que no Japão “le contrôle de la constitutionnalité est exercé avec beaucoup de prudence, sinon de réticence, par le tribunal suprême; celui-ci, dans les quinze années de son existence, n’a annulé aucune loi, et a annulé un seul décret”. Cfr., enfim, também o que escreve A.T. VON MEHREN (no vol. *Law in Japan*, cit., p.424) a propósito dos juizes da Suprema Corte japonesa: “The Court is composed of fifteen justices, of whom five are (...) to be career judges and five lawyers. Both the conception of the law held by this group and its conditioning experiences lead the lawyers and career judges to be hesitant to declare legislation unconstitutional or to interfere with governmental process on constitutional grounds”; e na p.422 VON MEHREN exprime a preocupação de que a Corte suprema japonesa interprete “too broadly” o conceito de “non justiciable ‘political question’”, em detrimento dos direitos fundamentais do homem.

Deve-se, todavia, registrar uma provável tendência a uma evolução da Corte Suprema japonesa, em matéria de controle de constitucionalidade, tendência que parece manifestar-se, atualmente, através de freqüentes votos divergentes de juizes daquela Corte.

68 — A eleição é por um prazo de seis anos; mas eles são usualmente reeleitos. Cfr. CODDING, *The Federal Government of Switzerland*, cit., p.103.

surgiu com o próprio surgir da *Supreme Court*, pelo que esta, em certo sentido, teve, necessariamente, de se elevar ao nível daquela altíssima função à qual, sem a coragem de seus primeiros juizes, ela teria, inicialmente, também podido renunciar. Existe, além disto, também o fato de que os juizes daquela Corte — como, de resto, mesmo os das outras *Federal Courts* americanas — não são como são, ao invés, usualmente, os juizes das Cortes ordinárias européias, magistrados “de carreira”, mas são nomeados *ad hoc* pelo Presidente dos Estados Unidos “by and with the advice and consent of the Senate” (art. II, secção 2ª da Constituição U.S.A.), pelo que, no modo mesmo de sua escolha, pode facilmente refletir-se a exigência de não se esquecer o caráter particular de suas funções.

Julgo ter explicado, assim, algumas (e, a meu ver, as principais) razões pelas quais as modernas Constituições européias e, em particular, a austríaca, a italiana e a alemã, preferiram não se servir, para a nova e fundamental função do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, dos órgãos judiciários já existentes e dos membros “de carreira” da magistratura; preferiram criar, ao invés, não obstante todos os onerosos problemas de coordenação disto derivantes (69), especiais órgãos judiciários inteiramente novos, dotados, porém, como os outros órgãos judiciários, de plena independência e autonomia, mas compostos, analogamente à *Supreme Court* americana (70), de juizes (ou, pelo menos,

---

69 — Sobre os problemas de coordenação da atividade da Corte Constitucional italiana com a dos outros órgãos judiciários, cfr. o fundamental estudo de P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, XI (1956), parte I, p.7 ss.; agora também F. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, *ibid.*, XXII (1967), p.238 ss. Mas, obviamente, a criação de um órgão judiciário de caráter constitucional e “soberano” não podia não implicar, também, em ulteriores problemas de coordenação com os outros poderes e órgãos do Estado. Cfr., por muitos, P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Scritti di diritto costituzionale* de P. BARILE, Padova, Cedam, 1967, p.226 ss.; *Id.*, *Legami fra la Corte costituzionale e le funzioni esecutiva e legislativa e influenza di queste su quella*, *ibid.*, p.444 ss.

70 — O mesmo pode ser dito da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* mexicana, Cfr. o art. 94 ss. da Constituição mexicana.

de uma maioria de juizes) *não de carreira*, nomeados *ad hoc* em escolha feita pelos supremos órgãos legislativos ou executivos do Estado (71).

§ 8. Podemos, neste ponto, com base em quanto dissemos até agora, procurar ampliar além disto o nosso quadro comparativo, inserindo os dois tipos de sistemas de controle até aqui examinados — o “difuso”, e o “concentrado” — em uma perspectiva ainda mais vasta que compreenda, também, os sistemas que, como o francês, excluem um tipo propriamente “jurisdicional” de controle de constitucionalidade das leis, admitindo, ao invés, apenas um tipo de controle de caráter puramente “político” (72).

A exclusão de um controle propriamente judicial de constitucionalidade das leis é, na realidade, como se sabe, uma idéia que sempre foi tenazmente imposta nas Constituições francesas, embora concebidas como Constituições “rígidas” e não “flexíveis” (73). Todas as vezes em

71 — Cfr. a Constituição austríaca, art. 147; a Constituição italiana, art. 135; a Constituição de Bonn, art. 94. Em síntese: o *Verfassungsgerichtshof* austríaco compõe-se de quatorze juizes (mais seis suplentes), oito dos quais (mais três suplentes) são nomeados pelo Presidente da República, por proposta do Governo, e os outros seis (e três suplentes), pelo próprio Presidente da República, que deve escolhê-los no âmbito de uma série de nomes formada pelos dois ramos do Parlamento. A Corte Constitucional italiana compõe-se de quinze juizes, um terço nomeado pelo Presidente da República, um terço, pelo Parlamento, e um terço, pelos órgãos superiores da justiça civil, penal e administrativa. O *Bundesverfassungsgericht* alemão compõe-se de dezesseis juizes, metade escolhida pelo *Bundestag* e metade, pelo *Bundesrat*. Em todos os três Países sempre a escolha deve recair sobre juristas, ou seja, sobre pessoas que, além de ter outros requisitos (de idade, etc.) que aqui não é preciso especificar, tenham realizado regulares estudos jurídicos. Maiores detalhes em ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 110 ss.

Muito semelhante ao sistema italiano de nomeação dos juizes constitucionais é o turco: cfr. o art. 145 da Constituição turca de 1961 e veja-se, por exemplo, AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, cit., p. 79 s. Na Iugoslávia, o presidente e os dez juizes da Corte Constitucional Federal são eleitos, por proposta do Presidente da República, pela Assembléia Federal (art. 217, parág. 1º, n.º 2, e art. 164, parág. 1º, n.º 6, da Constituição iugoslava; veja-se também o art. 243).

72 — Cfr. *supra*, Cap. I, §§ 2-3.

73 — Cfr., por exemplo, COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., p. 35; PIERANDREI, *verbete Corte costituzionale*, cit., p. 887 s.; EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., p. 238 s.; também Salo ENGEL, *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, in *Inter-American Law Review*, 6 (1964), p. 65 ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Ensayos*, cit., p. 511, nota 26.

que, nas Constituições francesas, se quis inserir um controle da conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este controle foi confiado, de fato, a um órgão de natureza, decididamente, não judiciária. Assim aconteceu nas Constituições dos dois Napoleões, isto é, a de 22 frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799), a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat Conservateur*, e a de 14 de janeiro de 1852, a qual, nos artigos 25-28, confiava o controle ao *Sénat* (74); e, igualmente, aconteceu na Constituição da IV República, de 27 de outubro de 1946, que confiava ao *Comité Constitutionnel* um muito limitado poder de controle preventivo — isto é, exercitável apenas antes da promulgação — da legitimidade constitucional das leis (75). Nem muitíssimo diversa pode, enfim, ser considerada a solução adotada na Constituição da V República, de 4 de outubro de 1958, e até agora em vigor, que confia o controle de constitucionalidade, sempre apenas em via preventiva, ao *Conseil Constitutionnel* (76),

74 — Sobre o péssimo resultado das duas instituições, as quais demonstraram, segundo uma qualificada (muito embora, talvez um pouco excessiva) opinião, a perfeita “inutilidade de um controle de constitucionalidade confiado a um corpo exclusivamente político”, cfr. Mario EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino*, 1931, p. 13 s.; cfr. também COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., pp. 35, 127; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 102 s., com remissão a DUGUIT. Pode ser visto sobre o assunto também CATINELLA, *La Corte suprema federale*, cit., p. 94 s.

75 — Cfr. em geral Jeanne LEMASURIER, *La Constitution de 1946 et le contrôle juridictionnel du législateur*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1954; W. BUERSTEDDE, *‘Le comité constitutionnel’ der französischen Verfassung von 1946*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 7 (1958), p. 167 ss.; também EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle*, cit., p. 242 s.; ENGEL, *Judicial Review and Political Preview of Legislation in Post-War France*, cit., p. 53 ss.; E. MASSART, *Il controllo di legittimità costituzionale nella nuova Costituzione francese*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, II, Padova, Cedam, 1961, pp. 603, 605-607; ENGELHART, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 103. Segundo COLLIARD, *Libertés publiques*, cit., p. 35, o sistema adotado pela Constituição Francesa de 1946 “constituait (...) la caricature même d'un contrôle de constitutionnalité”.

76 — Veja-se *supra*, Cap. I, § 2; e cfr., por exemplo, quanto, a propósito do *Conseil constitutionnel*, justamente escreve Henry J. ABRAHAM, *The Judicial Process (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France)*, Oxford University Press, 1962, p. 263: “It would be highly misleading to characterize the functions of the Constitutional Council as judicial review”. Opinião semelhante pode ser encontrada em WAGNER, *The Federal States and Their*

muito embora não se deva deixar de observar que, em seus primeiros anos de vida, este órgão revelou-se, notavelmente, mais dinâmico e eficaz que seu imediato predecessor (77).

Razões de vária natureza estão na base desta solução tradicionalmente adotada na França, solução que, embora admita às vezes um controle político, sempre exclui, porém, um verdadeiro controle jurisdicional de constitucionalidade. *Razões históricas* sobretudo, ou seja, a permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes franceses muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que, se, às vezes, podiam, também, representar um salutar antídoto contra as tendências absolutistas da monarquia (78), mais amiudadamente tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso (79). Para explicar os motivos disto bastará recordar que o ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do *ancien*

---

*Judiciary*, cit., p. 122; in Taylor COLE, *Three Constitutional Courts: A Comparison*, in *The American Political Science Review*, LIII (1959), p. 968 nota 17; em ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 121; em VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, cit., pp. 58 s., 71; veja-se também Henry W. EHRMANN, *Die Verfassungsentwicklung im Frankreich der Fünften Republik*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 10 (1961), p. 375; AZZARITI, *I vari sistemi etc.*, cit., p. 11 s; também ENGEL, *Judicial Review*, cit., pp. 53 ss., 65 ss., que contrapõe um tipo de controle qualificável como “political preview of legislation” (tipo no qual se insere o sistema francês) à verdadeira “judicial review”.

Efetivamente, como já em outra parte foi observado (cfr. CAPPELLETTI/ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1212 s.), a atividade do *Conseil Constitutionnel* em tema de constitucionalidade das leis pode, eventualmente, aproximar-se, mais que de uma verdadeira “judicial review of legislation”, daquela “practice of submitting bills to the *Conseil d'Etat* before they are presented to the parliament”, que é tradicional na França e encontra correspondência, também, na Itália (cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*<sup>6</sup>, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 46), como também na Holanda e na Bélgica (cfr. WIGNY, *Droit constitutionnel*, I, cit., § 101, p. 189 ss.), mas que, obviamente, não corresponde a uma das funções *jurisdicionais* do Conselho de Estado.

77 – Cfr., recentemente, L. FAVOREU, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 83 (1967), pp. 5 ss., 9 e *passim*.

78 – Cfr. *supra*, cap. II, § 3; CAPPELLETTI/ADAMS, *Judicial Review of Legislation*, cit., p. 1210.

79 – Cfr. EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., p. 238 s.; BUERSTEDDE, *Le comité constitutionnel*, cit., pp. 172 s., 187.

*régime* e, em particular, pelos “Parlementaires”, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os *Parlements*, como “un droit de propriété, un droit patrimonial”, possuído por eles “au même titre que leurs maisons et leurs terres” (80): pelo que, como para os bens patrimoniais privados, “ils les achetaient, les vendaient, les transmettaient par héritage, les louaient quand ils voulaient les conserver à des mineurs” (81), desfrutavam dele, sobretudo, o mais possível – à custa, bem se entenda, das partes litigantes – do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar do seu próprio poder. Não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo mínima, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças...

Às razões históricas da solução tradicionalmente adotada na França acrescentam-se as razões *ideológicas*, de resto, estreitamente ligadas às primeiras. Basta pensar em Montesquieu e na doutrina da separação dos poderes (82), doutrina que, em sua mais rígida formulação, foi, não erradamente, considerada absolutamente incompatível com toda possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo, visto, além disto – especialmente por força dos desenvolvimentos rousseauianos daquela doutrina (83) – como a direta manifestação da soberania popular. Daí, aquela “hostilidade que na França (...) sempre se nutriu contra a idéia de que os atos dos órgãos superiores, e sobretudo das Assembléias parlamentares, representativas da soberania nacional, fossem submetidos a controle” por parte dos juízes (84).

---

80 – Cfr. as referências em G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, I, Napoli, Jovene, 1935, p. 134; veja-se, agora, também P. CUCHE/J. VINCENT, *Procédure civile*<sup>13</sup>, Paris, Dalloz, 1963, p. 138.

81 – CARRÉ, citado por CHIOVENDA, *op. et loc. ult. cit.*

82 – São conhecidas, porém, as incertezas de interpretação a que a obra fundamental de MONTESQUIEU (*De l'esprit des lois*, 1748) deu lugar, em tema de doutrina da separação dos poderes. Para uma recentíssima análise cfr. M.J.C. VILE, *Constitutionalism and Separation of Powers*, Oxford, Clarendon Press, 1967, pp. 76-97, especialmente pp. 83 s., 86 ss., cfr. também ECKHOFF, *Impartiality, Separation of Powers, and Judicial Independence*, cit., p. 22.

83 – Cfr., em lugar de muitos, VILE, *op. ult. cit.*, pp. 4 s., 178 ss.

84 – PIERANDREI, verbete *Corte costituzionale*, cit., p. 887. É significativo, no assunto, o volume de Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921.

Em nítido contraste com esta concepção francesa está, obviamente, a concepção norte-americana (e não apenas norte-americana) dos *checks and balances*, inspirada não na ideologia da nítida separação, mas na do recíproco controle e equilíbrio dos poderes do Estado (85). Pelo que, à luz desta concepção, se explica perfeitamente, por um lado, como o poder judiciário possa controlar, na América, a legitimidade constitucional das leis — e também dos atos administrativos e, por outro lado, como os poderes legislativo e executivo possam, como foi visto no parágrafo precedente, intervir, por sua vez, no momento da escolha e da nomeação dos juizes da *Supreme Court* (e não apenas desta Corte).

Naturalmente, na solução que prevaleceu, na França, também razões *práticas* se unem àquelas, históricas e ideológicas, há pouco consideradas. Certo é que as instituições jurídicas tendem, necessariamente, a adequar-se às urgentes e mutáveis exigências da vida prática, às vezes, na verdade, com defasagens de excessiva antecipação ou, mais frequentemente, de excessivo atraso, em relação ao evoluer daquelas exigências. Evidentemente, a exigência prática prevalente, sentida na história francesa de mais de um século e meio até hoje, foi a de assegurar, especialmente mediante o glorioso instituto do *Conseil d'Etat*, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também, especialmente através da *Cour de Cassation*, contra as ilegalidades do poder judiciário, antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo (86). E, até, quando, com a Constituição de 1958, se quis por um fortíssimo limite aos poderes do Parlamento, isto se fez

85 — Cfr. por exemplo, CASTBERG, *Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen*, cit., p. 3. Sobre a doutrina dos *checks and balances* cfr., recentemente, VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, cit., pp. 120-122, 199, 263 ss. e *passim*.

86 — Cfr. C.-A. COLLIARD, *Les libertés publiques en France*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, VII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé — Uppsala 1966. Contributions françaises: Etudes de droit contemporain*, Paris, Editions Cujas, 1966, p. 437 ss.; id., *Libertés publiques*, cit., p. 128: "En France, si le contrôle de constitutionnalité n'existe guère, à l'inverse de le contrôle de légalité est très développé".

aumentando os poderes do Executivo e sobretudo os do Chefe de Estado, antes que os do Judiciário (87).

Revela-se aqui, então, uma profunda, nítida contraposição entre a concepção francesa e a norte-americana: uma contraposição que, limpidamente, se reflete, exatamente ainda hoje, de um lado, no sistema francês do controle não judicial, mas meramente político (e preventivo), de constitucionalidade das leis e, de outro lado, no oposto sistema americano de controle judicial e difuso, ou seja, no sistema da *judicial review* (88).

Mas se eu quis aqui sublinhar esta radical contraposição, também ideológica, entre os dois sistemas, foi, sobretudo, porque desejei colocar, com isto, em evidência como as modernas Constituições européias, que, como a austríaca, a italiana e a alemã, adotaram um sistema de controle *judicial certamente, mas concentrado*, de constitucionalidade, puseram de tal modo em prática, em certo sentido, *uma solução intermediária* entre a francesa e a norte-americana, um verdadeiro — e bem consciente, ao invés de irracional, como já se demonstrou — compromisso entre as duas contrapostas e tradicionais soluções (89).

Também nestas modernas Constituições européias, de fato, vale o tradicional princípio francês que aos juizes vedou o controle sobre a legitimidade constitucional das leis e toda "interferência", portanto, em relação ao poder legislativo; pelo que, sob este aspecto, também na Áustria, na Itália e na Alemanha, está a salvo o princípio montesquieuiano da nítida separação dos poderes do Estado. E, no entanto, enquanto

87 — Cfr. Jeanne LEMASURIER, *La primauté de l'Exécutif en France*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, VII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, cit., pp. 401-431; também EISENMANN/HAMON, *La juridiction constitutionnelle*, cit., p. 256.

88 — A diferente atitude dos dois ordenamentos, em relação ao controle de constitucionalidade, deriva, também, do diferente comportamento das respectivas Revoluções na direção dos poderes do Estado. De fato, enquanto a Revolução francesa de 1789 era dirigida, sobretudo, contra os abusos do executivo e da autoridade judiciária, a guerra da independência americana de 1776 tinha em vista opor-se *in primis* ao poder absoluto da autoridade legislativa; cfr., por todos, PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 28.

89 — Cfr. AZZARITI, *I vari sistemi etc.* cit., p. 40 s.

a França não admite derrogações ao princípio, nos outros Países, pode, ao invés, derogá-lo um órgão, a “Corte Constitucional”, que, como está explicitamente declarado no art. 92 da Constituição de Bonn (90), petence ao poder judiciário. Pelo que, sob este outro aspecto, existe nas mencionadas Constituições européias e naquelas outras, ainda mais recentes, que lhe seguiram o exemplo — em particular, a Constituição cipriota, a turca e a iugoslava — uma aproximação, ainda que limitada e parcial, ao sistema norte-americano, no qual o controle das leis tem, precisamente, natureza nitidamente judicial. E esta aproximação é, além disto, acentuada pelo fato de que, como na nomeação dos juízes da *Supreme Court* americana, assim também na nomeação dos juízes das Cortes Constitucionais européias há, como se observou no parágrafo precedente, uma intervenção do poder legislativo ou executivo; pelo que, sob este último aspecto, pode-se reconhecer, também nas vigentes Constituições austríaca, italiana e alemã, antes uma parcial aceitação do sistema dos *checks and balances*, que daquele montesquieuiano da nítida separação dos poderes do Estado.

---

90 — O art. 92 declara, de fato, que “die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste Bundesgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt”. A mesma concepção resulta, de resto, implicitamente, do art. 140, sec. VI, da Constituição austríaca; cfr. além disto, sempre sobre a natureza jurisdicional da Corte Constitucional austríaca e sobre seus juízes, F. ERMACORA, *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp.54, 61, e ali outras referências. Observo, ainda, que na recente Constituição turca, a Corte Constitucional está regulada na secção dedicada ao poder judiciário; cfr. por exemplo, AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, cit., pp.76 s., 80 s.

#### Capítulo IV

### ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOB O ASPECTO “MODAL”

SUMÁRIO: § 1. O sistema “americano” como tipo de controle judicial difuso que se exerce “em via incidental”. — § 2. O sistema “austríaco” como tipo de controle concentrado que se exerce “em via principal”. — § 3. A *Bundes-Verfassungsnovelle* de 1929 e a legitimação do *Oberster Gerichtshof* e do *Verwaltungsgerichtshof* para argüir incidentalmente a questão de constitucionalidade. O permanente defeito do sistema austríaco. — § 4. O controle de constitucionalidade das leis nos sistemas italiano e alemão e a superação do defeito revelado pelo sistema austríaco. Aproximação parcial ao sistema americano. Possibilidade também de um controle “por via de ação”. — § 5. Vantagens e inconvenientes dos sistemas “americano” e “europeu” de controle de constitucionalidade das leis, sob o ponto de vista da extensão do controle e dos riscos a ele inerentes.

§ 1. Depois de ter considerado o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis sob o aspecto “subjetivo”, passemos, agora, ao exame daquele a que chamamos o aspecto “modal”, ou seja, ao exame do modo como as questões de constitucionalidade das leis podem ser argüidas perante os juízes competentes para decidi-las e como são, por estes, decididas.\*

---

\*N.T. — O eminente Professor J.C. BARBOSA MOREIRA prefere chamar de *formal* ao critério a que o Autor chama de *modal*, cfr. Comentários ao Código de Processo Civil (vol. V), Rio de Janeiro, Forense, 1981 (4ª ed.), p. 38/39, texto e nota 26.

Também sob este aspecto “modal”, não menos que sob o aspecto “subjetivo”, é muito nítida a diferença entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco de controle de constitucionalidade. No primeiro sistema, o controle das leis — que, sob o aspecto “subjetivo”, tem, como amplamente se expôs, caráter de controle judicial “difuso” —, sob o aspecto “modal” tem o caráter de um controle que se exerce *em via incidental*. No sistema austríaco, ao invés, o controle de constitucionalidade, além do caráter “concentrado”, de que anteriormente se falou, tem, outrossim, o caráter de um controle que se exerce *em via principal*.

Com tal terminologia (1) se deve entender que, nos Estados Unidos da América e, semelhantemente, naqueles outros Países em que vige um sistema análogo — como no Canadá, no Japão, na Noruega, na Dinamarca, agora também na Suécia, e, com certos limites a seu tempo precisados, na Suíça — as questões de constitucionalidade das leis não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários “em via principal”, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, com adequada ação (2). Ditas questões podem

1 — Sobre a qual cfr., por exemplo, P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, Cedam, 1950, p. 5. s.

2 — Não representa, evidentemente, uma verdadeira derrogação à regra, exposta no texto, a possibilidade — que encontramos no Canadá, na Índia, na Noruega, na Finlândia, e em pelo menos dez dos cinquenta Estados que formam os U.S.A. — que órgãos legislativos ou governamentais submetam diretamente às Cortes Supremas dos respectivos Países o pedido de pareceres (“advisory opinions”) sobre questões de constitucionalidade. Não está aqui, de fato, implicada uma função de controle judicial de constitucionalidade das leis em sentido próprio, mas uma função de consulta político-constitucional. Vejam-se sobre o assunto, além do estudo comparativo de L. WILDHABER, *Advisory Opinions. Rechtsgutachten höchster Gerichte*, Heft 63 da série “Basler Studien zur Rechtswissenschaft”, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1962, em particular O.P. FIELD, *Judicial Review of Legislation in Ten Selected States*, Bloomington, University of Indiana Press, 1943; Id., *The Advisory Opinion — An Analysis*, in *Indiana Law Journal*, 24 (1949), pp. 203-230; P.D. EDSALL, *The Advisory Opinion in North Carolina*, in *North Carolina Law Review*, 27 (1949), pp. 297-344; J.A.C. GRANT, *Judicial Review in Canada: Procedural Aspects*, in *Canadian Bar Review*, 42 (1964), pp. 195 ss., especialmente pp. 203-214, 221-222; F. CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 425-426; James A. STORING,

ser argüidas apenas *incidenter*, isto é, no curso e por ocasião de um “case or controversy”, ou seja, de um concreto processo “comum” (civil ou penal ou de outra natureza) e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja *relevante* para a decisão do caso concreto (3). Deve-se entender, ainda, com aquela terminologia, que competente para resolver as questões de legitimidade constitucional das leis será, em geral, automaticamente aquele mesmo órgão judiciário que é competente para decidir o caso concreto em cujo seio a questão de constitucionalidade tenha nascido. Deste modo, as questões de legitimidade constitucional das leis, como não são decididas por Cortes especiais Constitucionais, assim, normalmente, não dão lugar nunca nem mesmo a especiais procedimentos constitucionais (cfr., já, *supra*, cap. III, § 7). Elas, na verdade, dão lugar apenas a meros “incidentes” no âmbito dos processos comuns e ainda que, às vezes, com a possibilidade, para certas autoridades federais ou estaduais, de intervir no processo ou de dirigir ao tribunal aquilo que, muito expressivamente, é chamado o *amicus curiae brief*, ou seja, exposição escrita em que estas autoridades, não com veste de verdadeiras partes, mas de simples terceiros interessados em facilitar a tarefa dos juizes, manifestam ao tribunal sua opinião sobre a questão de constitucionalidade surgida no caso concreto (4). Como se pode ler em um recente e extenso escrito sobre a ju-

*Norwegian Democracy*, London, Allen & Unwin, 1963, p. 156; Voitto SAARIO, *Control of the Constitutionality of Laws in Finland*, in *The American Journal of Comparative Law*, 12 (1963), pp. 197, 198 s.; também Dieter ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 117 s.

3 — Por uma recente tendência da Corte Suprema americana no sentido de reconhecer a existência de uma lide atual e concreta (“case or controversy”) antes mesmo da violação, por parte do sujeito interessado, da lei inconstitucional, com a conseqüente afirmação da possibilidade de obter em via preventiva um *declaratory judgment* da existência do direito constitucional que aquela lei ameça de violar, cfr. os precedentes comentados em N.T. DOWLING/G. GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*<sup>7</sup>, Brooklyn, The Foundation Press, 1965, pp. 85 ss., 96 ss.; C.A. WRIGHT, *Handbook of the Law of Federal Courts*, St. Paul, Minn., West Publishing, 1963, pp. 36-40.

4 — Cfr. Paul G. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 593-594; também ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 122; J.A.C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, pp. 94-98.

*dicial review* de um conhecido docente da Michigan Law School, Paul Kauper (5), os tribunais norte-americanos, não excluía a *Supreme Court*, enfrentam e resolvem as questões de constitucionalidade das leis “only within the context of concrete adversary litigation” e tão-só na medida em que isto se torne necessário para a decisão do caso concreto (“only as necessary to the disposition of the case”). Deve ser ainda afirmado que, no sistema americano, que, sem dúvida, é o mais típico entre os sistemas nos quais o controle de constitucionalidade se realiza em via incidental, a questão de constitucionalidade pode ser incidentalmente argüida no curso de *qualquer tipo* de procedimento judiciário: “regardless of the nature of the proceeding” (6).

§ 2. Em posição diametralmente oposta ao sistema americano, colocou-se o sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis, especialmente na formulação originária (em seguida parcialmente mudada, como veremos) que este sistema teve na *Bundesverfassung* austríaca, de 1º de outubro de 1920. De fato, esta Constituição não só criou uma especial Corte Constitucional — o *Verfassungsgerichtshof* — na qual “concentrou” a competência exclusiva para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, a Constituição austríaca confiou a esta Corte um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de *um pedido especial* (“Antrag”), isto é, *do exercício de uma ação especial* por parte de alguns órgãos políticos. Desta sorte, o controle de legitimidade das leis vinha a ser, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, *inteiramente desvinculado dos casos concretos*, vale dizer, dos processos comuns (civis, penais, administrativos); ele, por conseguinte, em vez de poder ser exercido, como na América, tão-só “em via incidental”, isto é, (como, também, com certa impropriedade

5 — KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 571, 573.

6 — Cfr. KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 586-587, 634: “the constitutional question, if relevant to the disposition of the case and if asserted by a proper party in interest (plaintiff or defendant) in an adversary proceeding, may be raised regardless of the proceeding”; esta questão, no entanto, pode, indiferentemente, “arise in the course of a criminal proceeding, a civil proceeding, a proceeding for damages, for equitable relief, for declaratory judgment or for an extraordinary remedy such as habeas corpus or mandamus”.

se diz) “em via de exceção”, devia ser exercido, na Áustria, sempre “em via principal”, ou seja, “em via de ação”, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional.

No originário sistema austríaco, portanto, não só os juízes — exceção feita exclusivamente para o *Verfassungsgerichtshof*, quer dizer, exclusivamente para a Corte Constitucional — não tinham qualquer poder de controlar a constitucionalidade das leis, como também não tinham o poder de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais (era e é peremptório neste sentido o art. 89, parágrafo 1º da Constituição austríaca: “Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten *nicht zu*”), mas os juízes austríacos, além disso, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. Com efeito, a questão da constitucionalidade das leis podia ser argüida perante a Corte Constitucional austríaca *somente por aqueles órgãos, não judiciários, mas políticos*, que estavam indicados na Constituição, isto é, pelo Governo Federal (*Bundesregierung*) tratando-se de pedir o controle da legitimidade constitucional de leis dos *Länder* (*Landesgesetze*), pelos Governos dos *Länder* (*Landesregierungen*) tratando-se de controle de leis federais (7). Nenhum limite de tempo era fixado para o exercício, por parte destes órgãos políticos, do direito de ação, para o qual eles eram únicos legitimados.

§ 3. Entretanto, a lei austríaca de revisão da Constituição (*Bundes — Verfassungsnovelle*) de 1929 modificou parcialmente este sistema de controle de constitucionalidade das leis exercitável exclusivamente “em via de ação”. E, como se sabe, o sistema hoje vigente na Áustria é, exatamente, o que resulta da *Novelle* de 1929, um sistema que, depois de ter sido suprimido no regime da ditadura (8), foi de novo posto em vigor no último pós-guerra, com ligeiras variantes, de pouco interesse nesta sede.

7 — Cfr. E. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 442.

8 — Cfr. Felix ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln, Verlag Styria, 1956, p. 83; Id., *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 51.

Esta importante lei de reforma constitucional de 1929 mudou o art. 140 da Constituição austríaca para acrescentar, à legitimação dos órgãos políticos, também a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários, isto é, para conferir legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis, além de ao Governo Federal e de aos Governos dos *Länder*, também ao *Oberster Gerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas civis e penais) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas).

E, diferentemente do Governo Federal e dos Governos dos *Länder*, estes dois órgãos judiciários ordinários – o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof* – não podem arguir perante a Corte Constitucional austríaca a questão de constitucionalidade “em via principal”, isto é, “em via de ação”, mas, antes, só “em via incidental” ou “de exceção”, quer dizer, *apenas no curso e por ocasião de um ordinário processo (civil, penal ou administrativo)* desenvolvendo-se perante eles e para a decisão do qual a lei, federal ou estadual, cuja constitucionalidade foi posta em questão, seja relevante (9).

Nasceu, deste modo, no Direito austríaco, proveniente da *Novelle* de 1929, um sistema de controle de constitucionalidade que, sob o aspecto que aqui estamos a examinar, vale dizer, sob o aspecto “modal”, tem um caráter híbrido e, se não é destituído de qualidades, tampouco é destituído de visíveis defeitos.

Na verdade, o sistema adotado, na Áustria, em 1920 – isto é, o sistema do texto originário da Constituição – mostrou-se logo totalmente insuficiente. Por ele, como já foi visto, somente os Governos dos *Länder* e o Governo Federal eram legitimados para instaurar, em via principal, o processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, respectivamente em relação às leis federais e às leis dos *Länder*. Isto, claramente, significava que o controle de constitucionalidade acabava, praticamente, por ter uma função importante, mas muito

9 – Cfr. o art. 140 da Constituição austríaca no texto hoje vigente: “Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit eines Bundes- oder Landesgesetzes auf Antrag des Obersten Gerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes, sofern ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des antragstellenden Gerichtshofes bildet...”.

limitada, isto é, limitada a criar um óbice contra possíveis invasões inconstitucionais do poder legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos *Länder* e vice-versa, garantindo, desta maneira, entre a Federação e os *Länder*, o respeito recíproco de sua “repartição constitucional de competências” (“*verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung*”) (10). Fora do âmbito do controle ficavam, por exemplo, as leis lesivas dos direitos individuais de liberdade. Já que, além disso, nem o Governo Federal nem os Governos dos *Länder* tinham um dever, mas, apenas uma faculdade discricionária, de instaurar o processo de controle da constitucionalidade contra as leis por eles consideradas inconstitucionais, era inevitável que aqueles órgãos políticos se sentissem, efetivamente, interessados em promover o processo somente em casos um tanto raros e excepcionais. Assim, muitas leis inconstitucionais podiam, praticamente, fugir do controle da Corte Constitucional austríaca, e já vimos que, por força de um preciso preceito da Constituição, as leis, mesmo se manifestamente inconstitucionais, deveriam ser sempre aplicadas, como se fossem perfeitamente válidas, por todos os juízes.

No entanto, com a lei de reforma constitucional de 1929, a legitimação para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional austríaca foi, como se disse, estendida a dois órgãos judiciários superiores, ou seja, ao *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa). Estes órgãos judiciários, mesmo continuando a não poder *efetuar*, eles próprios, controle algum da legitimidade constitucional das leis, foram, então, (e são) legitimados a *requerer* à Corte Constitucional que efetue este controle, limitada-mente às leis aplicáveis ao caso concreto submetido a seu julgamento. Aqui se tem, assim, um verdadeiro *dever* daqueles dois órgãos superiores da justiça ordinária e administrativa de não aplicar as leis, sobre cuja constitucionalidade eles estejam em dúvida (11), sem, primeiro, terem ouvido a respeito o julgamento vinculatório da Corte Constitucional; e nenhuma lei está excluída desta possibilidade de controle. No processo, deste modo instaurado perante a Corte Constitucional, podem in-

10 – Cfr. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, cit., p. 486.

11 – Cfr. MELICHAR, *op. ult. cit.*, p. 460.

tervir, além das partes do juízo *a quo*, ou seja da causa pendente perante o *Oberster Gerichtshof* ou o *Verwaltungsgerichtshof*, também os Governos interessados, isto é, o Governo Federal, tratando-se de controlar a constitucionalidade de lei federal, ou também o Governo do *Land* interessado (12).

Desta maneira, a reforma de 1929, atenuou, notavelmente, o grave defeito, antes realçado, do originário sistema austríaco de controle das leis: isto é, sua verdadeiramente excessiva limitação sob o aspecto “modal”, em suma, sob o aspecto dos *sujeitos a que pertence a legitimação para instaurar o processo de controle* perante a Corte Constitucional, em que o poder de controle se concentra. Contudo, mesmo com a reforma de 1929, o defeito, embora atenuado, não foi inteiramente abolido. Com efeito, deve-se continuar a repetir que, entre todos os órgãos da justiça civil, penal e administrativa, apenas às duas Cortes Superiores acima mencionadas, foi reconhecida aquela legitimação. Todos os outros juízes devem, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação tampouco daquelas leis que sejam por eles consideradas manifestamente ou macroscopicamente inconstitucionais; com o sério inconveniente de que, em um processo civil, penal ou administrativo, somente na fase final (e eventual) desenvolvendo-se perante o *Oberster Gerichtshof* ou o *Verwaltungsgerichtshof* poderá, enfim, não ser aplicada uma lei que, ainda que porventura manifestamente inconstitucional, necessariamente deve ser aplicada pelos juízes inferiores (13).

§ 4. O defeito que mais chamou a atenção no sistema austríaco foi evitado, tanto pelo sistema italiano, previsto na Constituição de 1948 e posto em prática a partir de 1956, como também pelo sistema alemão, introduzido com a Constituição de Bonn de 1949 (14); e isto deve ser dito sem, no entanto, de modo algum, ocultar a grande influência que sobre ambos o precedente sistema austríaco, tão original e engenhoso, merecidamente exerceu.

12 – Cfr. o § 63 do *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953.

13 – Cfr., por exemplo, ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., pp. 114 s., 118 s.

14 – Cfr. E. FRIESENHANN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 138.

Como é sabido, tanto na Itália como na Alemanha, vale, tal qual na Áustria, a proibição aos juízes comuns (civis, penais, administrativos) de efetuar um controle de constitucionalidade das leis (15). Em suma; os juízes comuns são, na Itália e na Alemanha, assim como na Áustria, *incompetentes* para efetuar tal controle de constitucionalidade, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais dos dois Países. Contudo, na Itália como na Alemanha, diferentemente da Áustria, *todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores*, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória (16). Em síntese, todos os juízes, e não apenas os juízes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será *suspense*, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade (17).

É evidente que, deste modo, nos sistemas italiano e alemão se veio a por em prática, sob o aspecto “modal” que estamos aqui exami-

15 – Ou, pelo menos, das denominadas *nachkonstitutionelle Gesetze*, vale dizer, das leis posteriores à Constituição: cfr. FRIESENHANN, *op. ult. cit.*, pp. 105 *in fine* – 106 *initio*, 136-137; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 114; no sistema italiano não existe nem mesmo este limite, como decidiu a Corte Constitucional na fundamental Sentença n.º 1, de 1956 (vê-la em *Giurisprud. costituz.*, I [1956], p. 1).

16 – Cfr. também, em lugar de muitos, FRIESENHANN, *op. ult. cit.*, p. 136; para o Direito italiano A.M. SANDULLI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 302 s.

17 – V. o art. 1.º da Lei Constitucional italiana n.º 1, de 9 de fevereiro de 1948; v. também o art. 100, parágrafo 1.º, da Constituição de Bonn, assim formulado: “Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen”. Cfr. M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957. Também a doutrina alemã fala de uma “Vortrage”; cfr., por exemplo, ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 113 ss.

nando, uma notável aproximação ao sistema “americano” da *judicial review*, porque, embora na Itália e na Alemanha não aconteça que todos os juízes sejam (como nos Estados Unidos) *competentes para efetuar* o controle de constitucionalidade, todos, porém, são, pelo menos, *legitimados a requerer* tal controle à Corte Constitucional, por ocasião dos casos concretos que eles estejam obrigados a julgar.

Todavia, a esta legitimação dos juízes acrescenta-se — quer na Itália, quer na Alemanha — também a legitimação de outros órgãos não judiciários, que podem *agir diretamente*, “em via principal”, portanto, ou seja, “em via de ação”, e não apenas em via meramente “incidental” ou “de exceção”, perante as Cortes Constitucionais destes Países; pelo que de novo se tem, sob este ponto de vista, uma separação dos dois sistemas europeus do sistema “americano” e sua reaproximação, ao contrário, ao sistema “austriaco” de controle de constitucionalidade.

Na Itália, tal legitimação “em via de ação” pertence aos órgãos dos Governos das Regiões (“Juntas Regionais”), tratando-se de leis nacionais ou regionais que uma Região considere serem tais que invadam esfera de competência a ela reservada pela Constituição (Lei Constitucional nº 1 de 9 de fevereiro de 1948, art. 2º, parágrafos 1º e 2º) e pertence ao Governo Central no caso de inconstitucionalidade de leis regionais (art. 127, último parágrafo, da Constituição italiana). Na Alemanha, a legitimação para dirigir-se “em via de ação” à Corte Constitucional Federal ou às Cortes Constitucionais dos *Länder*, para controle das leis, pertence a uma ainda mais vasta série de órgãos ou de pessoas: de modo particular, ao Governo Federal, aos Governos dos *Länder*, a um terço dos membros do *Bundestag* (art. 93 da Constituição de Bonn) (18), e até às pessoas individualmente consideradas, se a lei implicar em uma lesão imediata e atual de um seu “direito fundamental” (19).

18 — Cfr. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 133; ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 115.

19 — Cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, especialmente p. 81 ss.; trad. espanhola de H. FIX ZAMUDIO, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, 1961, p. 70 ss. V. *supra*, cap. I, texto e notas 5-6.

Em conclusão, pode-se dizer, então, resumidamente, que, sob o aspecto “modal”, se teve originariamente uma nítida, radical contraposição entre o método denominado “americano” (mas encontrável, como foi visto, também em outros Países, mesmo europeus, sem embargo de nestes últimos não ter tido muito sucesso ou, de qualquer modo, não ter exercido um papel de fundamental importância) de controle judicial efetuado *exclusivamente em via incidental* e o método “austriaco” de controle efetuado, ao contrário, *exclusivamente em via de ação*. Entretanto, tal contraposição foi-se atenuando, na Áustria, com a reforma de 1929, e ainda mais, depois, nos sistemas de controle implantados na Itália e na Alemanha no último pós-guerra, e imitados, recentemente, em alguns outros Países como, por exemplo, na Turquia (20). Aqui, de fato, as questões de constitucionalidade das leis podem chegar ao julgamento das Cortes Constitucionais quer “incidentalmente”, ou seja, por ocasião dos casos concretos discutidos em processos civis, penais ou administrativos — e fala-se, a este propósito, de um *konkrete Normenkontrolle* (controle normativo concreto, *concrete review*) ou também de um *Inzidentkontrolle* (controle incidental) — e quer, também, “em via principal”, ou seja, em um processo autônomo, visando, exclusivamente, a promover o julgamento da Corte sobre a constitucionalidade de uma dada lei e promovido por iniciativa de alguns órgãos não judiciários, ou mesmo por iniciativa de uma determinada minoria parlamentar ou de pessoas individualmente consideradas — e fala-se, neste caso, de *abstrakte Normenkontrolle* (controle normativo abstrato, *abstract review*), exatamente para indicar que o controle *de legis legitimitate* é aqui feito pela Corte Constitucional, sem nenhuma ligação com determinados casos concretos (21).

20 — Cfr. T.B. BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 561-564; A.Ü. AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), pp. 86-69; v. os artigos 149-151 da Constituição turca de 1961, citados, na tradução alemã, em MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 1002.

21 — Manifesta-se, aqui, uma analogia dos mencionados sistemas europeus com o sistema mexicano. De fato, também no México, o controle judicial de constitucionalidade não é nem exclusivamente um controle que se dá por via principal (como foi originariamente na Áustria) nem exclusivamente um controle promovido por via incidental (como nos Estados Unidos da América), mas, antes, um sistema misto ou composto de elementos heterogêneos, no qual está aberta seja a

§ 5. O tipo “austríaco” — que poderíamos, antes, porque é já prevalente na Europa, chamar de “europeu” — de controle de constitucionalidade das leis, porque admite seja uma *ação direta*, seja um *controle incidental*, é certamente, como reconhecemos, mais híbrido e heterogêneo, mas, a nosso ver, é, por outro lado, mais completo que o método “americano”. Com efeito, podem existir algumas leis que, ainda que inconstitucionais, fogem, porém, a toda possibilidade de controle incidental, pelo simples fato de que elas não podem, pelo seu particular conteúdo, dar lugar (ou pelo menos, de fato, não dão lugar) a lides concretas ou, em todo caso, a concretos episódios processuais civis, penais ou administrativos, para cuja solução ditas leis possam ser consideradas relevantes. Imagine-se, em particular, o caso de uma lei federal que viole a esfera de competência constitucional de um Estado-membro: se não puder surgir ou se, de qualquer modo, não surgir algum caso concreto em que aquela lei seja relevante, sobre ela, em um sistema de controle que opere, exclusivamente, em via incidental, não poderá nunca ser exercido qualquer controle judicial de constitucionalidade.

Insiste, de fato, em seu recente escrito, já lembrado, o Professor Kauper (22) em que, no sistema norte-americano, nunca as “constitutional questions” podem ser levadas perante as Cortes e ser decididas por estas se não “in so far as they are issues relevant to the disposition of a concrete case or controversy”, com a conseqüência de que “the courts will not decide abstract questions of constitutional power. Such questions of governmental power are regarded as ‘non-justiciable’ or ‘political’ questions”.

Este limite do sistema americano de controle manifestou-se em vários casos, dos quais Kauper oferece mais de um interessante exem-

---

possibilidade de uma “*acción de inconstitucionalidad de las leyes*”, seja também a possibilidade de um “*recurso de inconstitucionalidad*”, este último, segundo as palavras de um dos mais sérios estudiosos do *juicio de amparo*, consiste exatamente em “un control de constitucionalidad de las leyes por vía de excepción”. Cfr. H. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp.179, 251.

22 — KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, cit., pp. 589-590.

plo (23) — casos em que, mesmo diante de leis seguras ou presumivelmente inconstitucionais, não foi, no entanto, possível qualquer *judicial review* justamente por causa do caráter exclusivamente “incidental” do controle admitido naquele País. E limites análogos, pelo que menciona o Colega japonês Kiyomiya (24), foram observados, há pouco tempo, no Japão, onde, como foi visto, foi adotado, exatamente, no último pós-guerra, o método “norte-americano”.

De outra parte, tampouco podemos esconder que, se o método “europeu” (seja-nos permitido chamá-lo assim, embora com certa impropriedade) é mais complexo e, pelo menos em teoria, mais completo do que o “americano”, ele pode, no entanto, revelar-se, talvez, *mais perigoso*, porque pode, efetivamente, dar, às vezes, à atividade das Cortes Constitucionais — submetendo a elas também aquelas “non-justiciable political questions”, que não são admissíveis nos U.S.A. — uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial (25). Ele pode, em ou-

---

23 — KAUPER, *op. ult. cit.*, pp.594 s., 606, 609. Cfr. também M. CAPPELLETTI/J.C. ADAMS, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations*, in *Harvard Law Review*, 79 (1966), p. 1221: “The American system — which considers ‘non-justiciable’ any constitutional question not arising from a concrete case — in practice denies a citizen the right to his day in court wherever the cost and inconvenience involved in disobeying a law and fighting it through the courts are too great”. Não se esquecer, no entanto, de quanto foi dito *supra*, nota 3.

24 — S. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, in MAX-PLANK-INS-TITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp.329 s.; v. também A.T. VON MEHREN, *Law in Japan. The Legal Order in a Changing Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1963, p.422; M. MAKI, *Court and Constitution in Japan. Selected Supreme Court Decisions 1948-60*, Seattle, University of Washington Press, 1964, pp.328 ss., 362 ss.; K. HAYASHIDA, *Constitutional Court and Supreme Court of Japan*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen, Mohr, 1966, p.423.

25 — Cfr. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, cit., p.637. Mas vejamos, de muito antes, as penetrantes, cristalinas páginas de A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, I, Bruxelles, Méline, Cans et Co., 1840, ch. VI, pp.181-183. O grande escritor francês admitia que o sistema americano de controle de constitucionalidade fosse incompleto e não privado de inconvenientes (“la censure judiciaire, exercée par les tribunaux sur la législation, ne peut s’étendre sans distinction à toutes les lois, car il en est qui ne peuvent jamais donner lieu à cette sorte de contestation nettement formulée, qu’on nomme un procès. Et, lorsqu’une pareille contestation est possible, on peut encore concevoir qu’il ne se rencontre personne qui veuille en saisir les tribunaux”); mas salientava sempre que, justamente por ser incompleto, o sistema americano era menos perigoso (“les Américains ont souvenement senti cet inconvénient, mais ils ont laissé le remède incomplet, de peur de lui donner [...] une efficacité dangereuse”).

tras e possivelmente mais corretas palavras, efetivamente dar consistência aos temores daqueles que vêem no poder de controle de constitucionalidade das leis exercido — mesmo em via de ação — pelas Cortes Constitucionais européias uma muito grave ameaça de interferência das próprias Cortes na esfera do poder legislativo e, indiretamente, também na do poder executivo e de governo. Mas, obviamente, a resposta a estes temores, mais que de abstratas especulações, será dada em concreto, pelo modo mais ou menos sábio e prudente com que as Cortes Constitucionais européias souberem exercer a sua delicada função — na qual à coragem inovadora deve, de resto, unir-se também uma certa dose de calculado *restraint* — e pelo modo, pois, como, através de sua atividade, elas souberem impor-se aos outros órgãos do Estado e à opinião pública, como essenciais institutos de garantia e de controle de uma superior legalidade. É este um dos campos em que a história da *Supreme Court* norte-americana terá ainda muitas coisas a ensinar às mais jovens Cortes Constitucionais européias (26). Mas é, afinal, um dado de fato absolutamente insuprimível, amplamente reconhecido até mesmo nos Estados Unidos da América, ou seja, até em um sistema de controle meramente incidental, que, por sua própria natureza, o fenômeno que nós estamos examinando, “can never be scientific or completely disinterested and neutral” (27). Isto é, que o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração “política” mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado.

26 — KAUPER, *op. ult. cit.*, pp. 608-610, 623 s.; veja-se, porém, Thomas P. TROMBETAS, *The U.S. Supreme Court and the Federal Constitutional Court of Germany*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 17 (1964), p. 284 ss. Também a história da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* mexicana poderia ser, em vários aspectos, instrutiva.

27 — KAUPER, *op. ult. cit.*, p. 627.

## Capítulo V

### ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOB O ASPECTO DOS EFEITOS DOS PRONUNCIAMENTOS

SUMÁRIO: § 1. O controle meramente declarativo e o controle constitutivo da constitucionalidade das leis. — § 2. Os efeitos, gerais ou particulares, do pronunciamento de inconstitucionalidade. — § 3. Os efeitos, futuros ou retroativos, do pronunciamento de inconstitucionalidade. — § 4. Exceções à eficácia, futura ou retroativa, do pronunciamento de inconstitucionalidade.

§ 1. Resta-nos, a esta altura, examinar, ainda, rapidamente, o fenômeno do controle judicial de constitucionalidade das leis sob um terceiro e importantíssimo aspecto, ou seja, sob o aspecto dos efeitos emanados da decisão judicial — seja ela a decisão de órgãos judiciários comuns, como nos sistemas onde o controle tem caráter “difuso”, ou, seja, ao contrário, a decisão de especiais órgãos judiciários, como as Cortes Constitucionais européias.

De novo se revela, a este propósito, uma radical e extremamente interessante contraposição entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco, elaborado, como se lembrou, especialmente por obra de Hans Kelsen.

No primeiro destes dois sistemas, segundo a concepção mais tradicional, a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (“null and void”) e, por isto, *ineficaz*,

pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional (1).

No sistema austríaco, ao contrário, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa* (“aufhebt”) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional. Não é só: mas — coisa ainda mais notável — a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* à publicação (“Kundmachung”) de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano (2). E, incidentalmente, realço a este respeito, que esta última disposição foi imitada pela recente Constituição turca, que limitou, porém, a seis meses, o termo máximo de diferimento da eficácia constitutiva das decisões da Corte Constitucional (3); e que algo de semelhante encontra-se agora, tam-

1 — Cfr., por tantos, E.S. CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, publicado pela primeira vez em *Harvard Law Review*, XLII (1928-29), republicado em volume Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1955, fifth printing 1963, p. 14 (“unconstitutional statutes are unconstitutional *per se*, and not because of any authority attaching to the court that so pronounces them”), pp. 33, 48 (“when the Supreme Court of the United States pronounces an act of Congress ‘void’, it ordinarily means void *ab initio*, because beyond the power of Congress to enact”), pp. 49, 55, 77. V. também, por exemplo, J.A.C. GRANT, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, p. 40 ss. com várias referências.

2 — Cfr. o art. 140, secção 3<sup>a</sup>, da Constituição austríaca: “...die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Ausserkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschreiten”.

3 — Constituição da República turca de 9 de julho de 1961, art. 152, parágrafo 2<sup>o</sup>; cfr. também T.B. BALTA, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, p. 564; A. Ü. AZRAK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 89.

bém, no sistema de justiça constitucional, adotado, desde de 1963, na Iugoslávia (4).

Resumindo, então: enquanto o sistema norte-americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem — pelo menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios, sofreu notáveis oscilações e atenuações, como voltaremos a ver (*infra*, § 4) — o caráter de um controle *meramente declarativo*, o sistema austríaco assume, ao invés, o caráter de um controle *constitutivo* da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição; e disto, com total coerência, deriva, ainda, que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente — trata-se, de fato, repito, de mero acerto de uma *pré-existente* nulidade absoluta (5) — no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc* ou, com toda certeza, *pro futuro*, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação (6).

§ 2. Mas esta primeira, profunda e importantíssima diferença entre os dois típicos sistemas examinados, sob o aspecto dos efeitos do

4 — Cfr. os artigos 245 e 246 da Constituição iugoslava de 1963. Se a Corte Constitucional Federal iugoslava declara que uma lei federal é contrária à Constituição Federal, esta decisão obriga o Parlamento Federal a adaptar a lei à Constituição dentro de seis meses. Em regra, cabe aos Parlamentos das Repúblicas federadas adaptar à Constituição Federal, no mesmo prazo de seis meses, uma lei estadual que a Corte Constitucional iugoslava tenha declarado inconstitucional. Num caso e noutro, findo o prazo sem que a adaptação tenha sido feita, a lei deixa de vigorar. Cfr., recentemente, S. ROZMARYN, *La Constitution, loi fondamentale de l'Etat socialiste*, in P. BISCARETTI DI RUFFIA/S. ROZMARYN, *La Constitution comme foi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Torino & Paris, Giappichelli & Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 111.

5 — Cfr., por exemplo, W.J. WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary (A Comparative Study in Constitutional Law and Organization of Courts in Federal States)*, The Hague, Mouton, 1959, p. 102: “As a matter of principle, the declaration of unconstitutionality has a retroactive character, as the challenged statute was bad at its very inception”; veja-se, porém, *infra*, sub § 4.

6 — Recorde-se ainda o art. 140, secção 3<sup>a</sup>, da Constituição austríaca: “die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft” etc., cfr. em doutrina, por exemplo, F. ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz-Wien-Köln, Verlag Styria, 1956, p. 260 ss.

pronunciamento judicial de controle, não é a única; uma outra diferença existe, não menos radical e importante.

Com efeito, o sistema austríaco tem, além do caráter “constitutivo”, também caráter “geral”, ou seja, dá origem a uma anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou *pro futuro*, opera, porém, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (“eficácia geral”). A lei, em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor — salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional — aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional (art. 140, secção 4ª, da Constituição austríaca).

Justamente o contrário (como se teve ocasião de precisar antes) acontece no sistema norte-americano (7) e, igualmente, nos sistemas que o imitaram, como, por exemplo, no japonês (8); e o mesmo pode-se dizer, até em sistemas totalmente originais, como no sistema mexicano, segundo o “princípio de la relatividad” correspondente à chamada “formula de Otero” (9). Em todos estes sistemas, de fato, a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a *não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto*; pelo que o controle judicial da constitucionalidade das leis não tem, como na Áustria, eficácia geral, *erga omnes*, mas só eficácia especial, *inter partes*, isto é, limitada ao caso concreto (“*Individualwirkung*”) — embora seja verdadeiro que esta característica é, depois, em boa parte, eliminada nos Estados Unidos (especialmente quando se trata de controle exercido pela *Supreme Court*), por força do princípio do *stare decisis* (10), e é, se não eliminada, pelo menos,

7 — “In a strict sense, a decision on a constitutional question has relevancy only for the parties to the case”: assim P.G. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 611; cfr. também WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., p. 103 texto e nota 100.

8 — Cfr. S. KIYOMIYA, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Japan*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 334.

9 — Artigo 107, 2ª parte, da Constituição Federal mexicana e art. 76 da *Ley orgánica de amparo*, por força dos quais nunca a sentença deverá “hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”; cfr. sobre o assunto, por exemplo, H. FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 188 ss., 378-379, 400.

10 — Cfr., por tantos, KAUPER e WAGNER, *opp. et locc. ult. citt.*

atenuada, no México, por causa do estreito vínculo à “jurisprudencia” da *Suprema Corte de Justicia*, bem como do instituto da *suplicia de la queja deficiente*, introduzido em 1951 (11).

§ 3. A solução adotada, no último pós-guerra, na Itália e na Alemanha, está, repito, em certo sentido, a meio caminho entre a adotada pelo sistema americano — mais concreto, mais pragmático, mais ligado às imediatas exigências dos casos individuais — e a segunda, ao invés, pelo sistema austríaco Kelseniano, mais teórico, mais abstrato, mais geral. Tanto na Itália quanto na Alemanha, considera-se, de fato, que a sentença, com que as Cortes Constitucionais declaram a inconstitucionalidade de uma lei, tem eficácia *erga omnes*, “*Allgemeinwirkung*”, do mesmo modo que na Áustria; pelo que a lei inconstitucional torna-se ineficaz para todos e para sempre, e não meramente não aplicada em um caso concreto. Tanto na Itália quanto na Alemanha — e neste País ainda mais decididamente que naquele — não se admite que as sentenças de inconstitucionalidade emanem a sua eficácia apenas *ex nunc* ou *pro futuro*, como na Áustria, e afirma-se, ao invés, que se trata, em geral, de uma eficácia que opera *ex tunc*, ou seja, também para o passado (eficácia, portanto, *retroativa* das sentenças das Cortes Constitucionais alemã e italiana). Em outras palavras, quer na Itália quer na Alemanha, considera-se — como nos Estados Unidos da América — que o mero fato da inconstitucionalidade é causa de *absoluta nulidade* e, por conseguinte, de ineficácia *ipso jure* das leis, antes mesmo que esta inconstitucionalidade seja declarada, solenemente e vinculatoriamente, pela sentença da Corte Constitucional competente (12).

11 — Cfr. ainda FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo*, cit., pp. 189 ss., 296-301, 403 s., 406-408, e v.. já *supra*, cap. III, nota 35; sobre o instituto da *suplicia de la queja deficiente* cfr. J.V. CASTRO, *La Suplicia de la Queja Deficiente en el Juicio de Amparo*, México, Editorial JUS, 1953 (na p. 59 s. o autor define assim o instituto: “es la institución procesal constitucional, de carácter proteccionista y antiformalista y aplicación discrecional, que integra las omisiones — parciales o totales — de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones constitucionales conducentes”; veja-se, também, FIX ZAMUDIO, *op. ult. cit.*, p. 190).

12 — Cfr. por muitos E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 135, 142-143; A.M. SANDULLI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, *ibidem*, pp. 307-308; também H. LECHNER, *Bun-*

§ 4. E, no entanto, ainda uma vez se deve ter presente que, também sob o aspecto dos efeitos, a mesma originária contraposição entre o sistema americano e o sistema austríaco de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis parcialmente se atenuara, por obra da *Bundes-Verfassungsnovelle* austríaca de 1929.

Como foi dito no capítulo precedente, esta lei de revisão constitucional de 1929 introduziu, na Áustria, a legitimação de dois órgãos judiciários superiores — o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof* — para argüir, perante a Corte Constitucional, as questões de constitucionalidade, limitadamente às leis relevantes no caso concreto, pendente perante elas. Mas como podia esta nova legitimação conciliar-se com a eficácia *constitutiva*, que opera não retroativamente, mas somente *ex nunc* ou *pro futuro*, do pronunciamento da Corte Constitucional?

Na realidade, é preciso não esquecer que nos processos “comuns” (civis, penais, administrativos), pendentes perante os “normais” órgãos judiciários, sempre se discute sobre direitos, sobre deveres, sobre *status* ou sobre responsabilidades que derivam de determinados fatos *acontecidos no passado*. Estes fatos — contratos, atos ilícitos, etc. — produzem, no entanto, determinados deveres ou direitos e determinados *status* ou responsabilidades, porque assim dispôs uma norma eficaz no momento em que os fatos mesmos se verificaram (e, por conseguinte, em um momento *anterior* à fase da tutela jurisdicional). Admitamos, então, a hipótese de que a norma jurídica fosse inconstitucional: neste caso, no sistema norte-americano (segundo a interpretação jurisprudencial

---

*desverfassungsgesetz*, München und Berlin, Beck, 1954, ad § 31, III, 2, c; D. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), p. 133; mas veja-se C. BÖCKENFÖRDE, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966. Veja-se também, C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, V (1950), parte I, pp. 296-298; sobre a eficácia retroativa dos pronunciamentos de inconstitucionalidade emitidos pela Corte Constitucional italiana, cfr. agora a sentença da Corte Constitucional n.127, de 29 de dezembro de 1966, in *Riv. dir. proc.*, XXII (1967), p. 128 ss., com comentário de E. T. LIEBMAN; no mesmo sentido, conquanto com uma inaceitável limitação, muito criticada pela doutrina, cfr. também a sentença da Corte de Cassação, Secções Penais Reunidas, de 11 de dezembro de 1965, in *Riv. dir. proc.*, XXI (1966), p. 118 ss., com comentário de L. Bianchi D'ESPINOSA.

tradicional) e, igualmente, hoje, nos sistemas italiano e alemão, esta norma jurídica, justamente porque inconstitucional, era ineficaz mesmo *antes* que a inconstitucionalidade fosse declarada em sede de *judicial review*; ela era, pois, ineficaz também em relação aos fatos verificados antes do controle judicial de constitucionalidade. No sistema austríaco, ao invés, a norma inconstitucional, repito, é considerada perfeitamente válida e eficaz até o momento em que for publicado, sem força retroativa, o pronunciamento da Corte Constitucional, de modo que os fatos, deduzidos em processos pendentes perante o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof*, foram — à época em que se verificaram — válida, e eficazmente disciplinados pela norma inconstitucional. De tudo isto resultaria a conseqüência, perfeitamente lógica e coerente em teoria, mas, evidentemente, absurda e inaceitável na prática, de que o pronunciamento da Corte Constitucional não poderia ter qualquer eficácia justamente em relação aqueles casos concretos, pendentes perante o *Oberster Gerichtshof* ou o *Verwaltungsgerichtshof*, no curso dos quais tenha surgido a questão de constitucionalidade.

Exatamente para obstar esta absurda conseqüência, o sistema austríaco tal como foi reformado em 1929 — que, repita-se, é o sistema ainda hoje vigente na Áustria — admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segundo a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema reformado de 1919 admitiu que — *limitadamente ao caso concreto*, por cuja ocasião tenha surgido, “em via de exceção”, a questão de constitucionalidade — a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento (13). O próprio Kelsen, em um escrito de

---

13 — Cfr. ERMACORA, *Der Verfassungsgerichtshof*, cit., p. 262; E. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 463 (“im Falle der Inzidentkontrolle wirkt die Aufhebung aber auf die Rechtssache zurück, die Anlass zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens gegeben hat. Alle übrigen, bis zum Inkrafttreten der Aufhebung gesetzten Vollzugsakte der Verwaltung und der Gerichte werden durch die Aufhebung nicht berührt”); ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134.

1929 (14), viria realmente a reconhecer que “cet effet rétroactif de l’annulation est une nécessité technique parce que, sans lui, les autorités chargées de l’application du droit n’auraient pas d’intérêt immédiat et par suite suffisamment puissant à provoquer l’intervention du tribunal constitutionnel... Il faut les encourager à présenter ces requêtes en attribuant dans ce cas à l’annulation un effet rétroactif”. Entretanto, deve-se observar, incidentalmente, que a limitada retroatividade dos pronunciamentos da Corte Constitucional austríaca pode-se transformar, na prática, em uma grave disparidade de tratamento dos cidadãos, porque, se beneficia às partes do procedimento no curso do qual a questão de constitucionalidade foi argüida, não tem qualquer efeito em relação aos possíveis casos análogos, pendentes, cuja decisão continuará a ser regida pela norma declarada inconstitucional (14a).

De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente, na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade. Esta doutrina parte, como foi dito, do pressuposto de que a lei inconstitucional seja, *ab origine*, nula e ineficaz. Isto significa que todo ato — privado, como, por exemplo, um contrato, ou público, como, por exemplo, um ato administrativo ou uma sentença — que tenha se fundado nessa lei (que, repito, é uma lei nula e ineficaz), está destituído de uma válida base legal. Pode acontecer, porém, que uma lei tenha sido, por muito tempo, pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e sujeitos privados: por exemplo, pode acontecer que um funcionário, eleito ou nomeado com base em

14 — H. KELSEN, *Rapport sur la garantie juridictionnelle de la Constitution*, in *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, 94 (Paris, 1929), p. 127; veja-se GRANT, *El Control Jurisdiccional*, cit., pp. 85-86.

14a — Cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134: “Der Ausschluss der Rückwirkung, wie er in Österreich durchgeführt ist, trägt zwar der Rechtssicherheit Rechnung, bringt aber gewisse Härten und Ungerechtigkeiten mit sich. Denn die für ungültig erklärte Norm ist von den Gerichten auch nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs noch auf alle Tatbestände anzuwenden, die vor dem Zeitpunkt des Ausserkrafttretens liegen. Eine Rückwirkung soll lediglich für den anhängigen Rechtsfall, der zur Vorlage vor den Verfassungsgerichtshof geführt hat, eintreten”.

uma lei muito tempo depois declarada inconstitucional, tenha longamente atuado em sua função; ou que o Estado, por muitos anos, tenha arrecadado um certo tributo ou, também, que uma pessoa tenha recebido uma pensão ou celebrado determinados contratos, sempre com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional, e assim por diante. *Quid*, então, se, em um certo momento, uma lei, por muitos anos pacificamente aplicada, vem a ser, depois, considerada e declarada inconstitucional, com pronunciamento que tenha, segundo a doutrina aqui pressuposta, efeitos retroativos? Poderão ser destruídos, também, todos os efeitos que foram produzidos, sem uma válida base legal, por aqueles atos públicos ou privados que se fundaram na referida lei?

A resposta a esta pergunta tem sido, especialmente na recente jurisprudência das Cortes norte-americanas — também pelo eficaz estímulo crítico do realismo jurídico que demonstrou que a Constituição é um “living document”, sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo que em um certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ainda ou não sê-lo mais em uma fase diversa da própria evolução — inspirada em critérios de grande e, a meu ver, em geral, oportuno pragmatismo e elasticidade (15); e

15 — Cfr. KAUPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, cit., p. 629 s.; GRANT, *El Control*, cit., p. 42 ss.; WAGNER, *The Federal States and Their Judiciary*, cit., pp. 102-103 onde é recordado sobre o assunto um incisivo *dictum* da *Supreme Court* americana (in *Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank*, 308 U.S. 371, 374 [1940]): “The past cannot always be erased by a new judicial declaration... These questions are among the most difficult of those which have engaged the attention of courts, state and federal, and it is manifest from numerous decisions that an all-inclusive statement of a principle of absolute retroactive invalidity cannot be justified”; pode-se ver agora, por exemplo, também Noel T. DOWLING/Gerald GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*<sup>7</sup>, Brooklyn, The Foundation Press, 1965, pp. 53, 803 s. Sobre o complexo problema da retroatividade das sentenças, em matéria constitucional, no Direito americano, remeto para amplas informações e para referências bibliográficas e jurisprudenciais, a dois recentes estudos comparativos, ambos de notável interesse: L.P. COMOGLIO, *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, XXII (1967), p. 75 ss., e Wilhelm KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*, Bielefeld, Gieseking, 1965. Naturalmente que o tema não pode ser senão afluído por nós nesta sede: limitar-me-ei a lembrar aquela que é, na matéria, uma recente e importantíssima decisão, isto é, aquela da *Supreme Court* americana no caso *Linkletter versus Walker* de 1965 (381 U.S. 618 [1965]; veja-se sua tradução italiana in *Foro it.*, [1967], parte IV, col. 38 ss.).

critérios praticamente não muito dessemelhantes, pelo menos em parte, têm sido seguidos, agora, pela lei ou pela jurisprudência, quer na Itália (16), quer na Alemanha (17). Basta dizer aqui, particularmente, que, em matéria penal, as Cortes americanas tem sempre considerado — e agora a lei alemã e a italiana expressamente dispõem — que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém deva ser obrigado a cumprir uma pena que tenha sido imposta com fundamento em uma lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, ao invés, e, às vezes, também em matéria administrativa, se tem preferido respeitar certos “efeitos consolidados” (entre os quais emerge, de modo particular, a autoridade da coisa julgada), produzidos por atos fundados em leis depois declaradas contrárias à Constituição: e isto em consideração ao fato de que, de outra maneira, se teriam mais graves repercussões sobre a paz social, ou seja, sobre a exigência de um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas (18).

16 — Cfr., especialmente, o art. 30, parágrafos 39 e 49, da Lei nº 87, de 11 de março de 1953.

17 — Veja-se o § 79 do *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* de 12 de março de 1951; cfr. FRIESENHAIN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 143.

18 — Cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134 s.

O tema dos efeitos dos pronunciamentos sobre a legitimidade constitucional das leis comporta uma quantidade de complexos problemas, teóricos e práticos, a muitos dos quais não se pode sequer aludir nestas páginas. Lembro, por exemplo, o problema concernente à norma a aplicar-se em lugar daquela declarada inconstitucional (sobre o qual cfr. ENGELHARDT, *Das richterliche Prüfungsrecht*, cit., p. 134), o problema da eficácia dos pronunciamentos que não acolhem a inconstitucionalidade, emitidos pelas Cortes Constitucionais (sobre os quais cfr., por exemplo, o nosso estudo *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, XI [1956], parte I, p. 135 ss.), o problema da eficácia da motivação dos pronunciamentos constitucionais (cfr. ENGELHARDT, *op. ult. cit.*, p. 137 s.), o problema da retroatividade de um pronunciamento divergente da jurisprudência precedente (cfr. KNITTEL, *Zum Problem der Rückwirkung*, cit.), etc. etc. Trata-se, na maior parte, de problemas cujas soluções variam, de tal modo, de País para País, que tornam impossível um sintético enquadramento comparativo.

## Capítulo VI

### ALUSÃO A OUTROS PROBLEMAS E CONCLUSÃO

SUMÁRIO: § 1. Outros importantes aspectos e problemas do controle judicial de constitucionalidade das leis, não tratados neste volume. — § 2. Considerações conclusivas.

§ 1. Antes de concluir o presente estudo, gostaríamos de, pelo menos, fazer alusão a outros importantes, complexos e interessantes aspectos do controle judicial de constitucionalidade das leis, que deveriam ter sido analisados em uma exposição menos incompleta.

Deveríamos ter examinado, por exemplo, o fenômeno do controle de constitucionalidade sob o aspecto da *técnica processual*, isto é, sob o aspecto das características fundamentais do processo e isto, pelo menos, naqueles sistemas jurídicos em que a legitimidade das leis é controlada pelo juiz em tipos especiais de procedimento, o que acontece, particularmente, nos sistemas em que vige uma forma de controle “concentrado”. E, então, o discurso poderia, também, ter comportado temas cuja discussão não me parece ainda esgotada, embora a minha velha tese, segundo a qual a “jurisdição constitucional” é uma dentre as grandes manifestações da jurisdição não “contenciosa”, *lato sensu*, “voluntária” — tese, para dizer a verdade, acolhida, na Itália, nada menos que por Francesco Carnelutti — tenha permanecido sempre uma “opinião de minoria” (1); posto que seja verdadeiro que a consequência funda-

1 — Cfr. sobre o assunto, também para novas referências, o meu relatório sobre *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giurisprud. costituz.*, V (1960), p. 470 texto e nota 20, e p. 471 *sub c*, e na trad. espanhola in INSTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL, *Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal — Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, México, Editorial Stylo, 1960, p. 162 texto e nota 19 e p. 163 *sub c*. V. finalmente E. VESCOVI, *El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, p. 83 ss.

mental da tese — isto é, que o pronunciamento judicial que não acolhe a inconstitucionalidade não faz coisa julgada — foi aceita, depois, na Itália pela própria Corte Constitucional (2).

Deveríamos, ainda, ter examinado, em uma exposição mais completa, o fenômeno do controle judicial das leis sob o aspecto dos delicadíssimos problemas que ele apresenta em matéria de interpretação das normas constitucionais e das leis ordinárias (3). Interessante teria sido, ainda, ter conduzido nossa análise sob o aspecto da penetração, ou seja, da amplitude do controle judicial das leis, o qual, nos Países por nós principalmente tomados em consideração (ou seja, além da Itália, especialmente os Estados Unidos, a Áustria, a Alemanha, e, também, alguns outros Países como a Suíça, a Noruega, a Dinamarca (4), o Japão, o México, etc.), é um controle que se estende tanto à conformidade formal, quanto à conformidade substancial das leis à Constituição

2 — Cfr. meu *Intervento* in INSTITUTO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL, *op. ult. cit.*, pp. 238-239, e in *Annali della Università di Macerata*, XXIV (1960), p. 140 ss.

3 — Cfr. sobre o assunto, recentemente, por exemplo Volker HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Bonn, Röhrscheid, 1963; também meu estudo sobre *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: Natura tendenzialmente discrezionale del procedimento di attuazione della norma costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, III, Padova, Cedam, 1958, p. 83 ss.; Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961; Otto KIRCHHEIMER, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 11 (1962), p. 93 ss.; Herbert WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 73 (1959-60), p. 1 s., reimpresso agora no vol. de H. WECHSLER, *Principles, Politics, and Fundamental Law. Selected Essays*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961, p. 3 ss. Lembro, também, as profundas observações de Tullio ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, XII (1957), p. 351 ss. (e no vol. *Problemi giuridici* de T. ASCARELLI, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 139 ss.).

4 — Cfr. sobre o ponto específico, ou seja, sobre o controle “formal” e “material” de constitucionalidade na Noruega, na Dinamarca e na Suíça, F. CASTBERG, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 426, 428; M. IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, *ibidem*, pp. 514-515.

(“förmliche und sachliche Vereinbarkeit der Gesetze mit dem Grundgesetz”). Na verdade, esta extensão também à constitucionalidade “substancial” das leis é um dos aspectos, que eu diria, sem dúvida, essenciais de todo moderno e efetivo sistema de controle judicial da legitimidade constitucional das leis. Observo, de qualquer modo, que não faltou e não falta ordenamento que se limita a admitir, ao invés, um controle judicial apenas sobre a constitucionalidade “formal”, ou seja, sobre a mera observância das formalidades essenciais prescritas para a formação, promulgação e publicação das leis, sem, no entanto, acrescentar, também, um controle sobre o conteúdo das próprias leis. É isto que acontecia, na Itália, antes de 1948, sob o “flexível” Estatuto Albertino de 1848 (5); e até na França — onde, como foi visto, em princípio, também, não existe um controle propriamente judicial sobre a legitimidade constitucional das leis — parece admitida, contudo, uma leve atenuação deste princípio, no sentido de que parece, pelo menos, reconhecido um controle judicial sobre a constitucionalidade formal das leis: e precisamente, um controle judicial “difuso” e “incidental”, ou seja, que compete a todos os juízes por ocasião da decisão dos casos concretos de sua competência. “Il semble — escrevem de fato dois Colegas franceses em um estudo recente (6) — que les juges (français)”, aos quais é, exatamente, proibido “juger de la constitutionnalité ‘matérielle’ ou ‘intrinsèque’ des lois”, “ne repoussent pas l'idée de contrôler l'inconstitutionnalité ‘formelle’ ou ‘extrinsèque’ des actes publiés sous l'intitulé de ‘lois’, c'est-à-dire de vérifier si la soi-disant loi a bien été votée suivant les règles constitutionnelles sur la procédure législative et promulguée régulièrement”. A escassa importância prática deste controle judicial meramente formal é, no entanto, imediatamente reconhecido

5 — Cfr. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffrè, reimpressão 1964; v. também, por exemplo, Giorgio AZZARITI, *I vari sistemi di sindacato sulla costituzionalità delle leggi nei diversi paesi*, no vol. *La Corte costituzionale (raccolta di studi)*, suplemento de *La Rassegna Mensile dell'Avvocatura dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1957, p. 4 s.

6 — C. EISENMANN/L. HAMON, *La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit français*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 241, 283.

da pelos dois autores: "mais en tout cas — eles realmente se apressam em acrescentar — la question ne se posera, en fait, que très rarement" (7).

§ 2. Estes e outros problemas — como aquele, de grande importância prática e também ideológica, da publicidade dos votos divergentes, uma publicidade que, infelizmente, foi proibida aos juizes constitucionais italianos, alemães e austríacos, como é sabido (8) — deveriam ter sido discutidos nesta sede, se a nossa exposição tivesse pretendido ser completa.

Mas a nossa ambição, longe de toda petensão de ser perfeito, foi, antes a de mostrar, através de uma pesquisa comparativa, embora sumária e lacunosa, que já é, universalmente, sentida a grande atualidade, a grande importância prática e o interesse científico deste tema do controle judicial de constitucionalidade das leis. O fenômeno em que nos detivemos nestas páginas, um fenômeno que vimos ter sido ampliado, de maneira impressionante, no mundo contemporâneo, manifesta-se,

7 — Cfr. sobre o assunto também R. BERNHARDT, *Vergleichende Sachberichte: Normenkontrolle*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., p. 734 texto e nota 89.

8 — Entretanto, deve ser posto em relevo, nos últimos anos, um forte crescimento do movimento em favor da publicidade dos votos divergentes dos juizes constitucionais. Cfr. os dois recentes volumes: C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, e W. HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, Bielefeld, Gieseking, 1966; cfr. também K.H. NADELMANN, *Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West-Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 13 (1964), p. 268 ss.; M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XVI (1962), p. 214 s.; Id., *Intervento*, no volume coletânea *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, p. 400-402; FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 188-189; H.G. RUPP, *Zur Frage der Dissenting Opinion*, in *Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag*, II, Tübingen, Mohr, 1966, p. 531 ss.; Taylor COLE, *Three Constitutional Courts: A Comparison*, in *American Political Science Review*, 53 (1959), p. 969. Um primeiro resultado positivo daquele movimento já pode ser visto no art. 5º, parágrafo 2º, do novo Regulamento Geral da Corte Constitucional italiana, in *Gazz. uff.*, de 19 de fevereiro de 1966, nº 45, edição especial. Na República Federal Alemã conseguiu-se, ao invés, recentemente, a introdução da publicação dos votos divergentes dos juizes constitucionais. Cfr. o *Viertes Gesetz zur Aenderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht* de 21 de dezembro de 1970, que entrou em vigor em 25 de dezembro de 1970. Veja-se o comentário desta lei de R. RUPPRECHT, *Aenderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 24 (1971), p. 169 ss.

de fato, naquele que, certamente, é um dos mais fascinantes entre os institutos jurídicos que foram criados pelo engenho do homem e, com certeza, um dos mais significativos da época em que vivemos. Nele, como já foi salientado, na Apresentação deste volume, o homem tem procurado conciliar a antiga, profunda e sempre reemergente contraposição entre o direito natural e o direito positivo, entre a justiça e o direito, cuja relação dialética sempre se tem constituído em um fator vital da evolução jurídica. Enquanto o direito não estava incorporado todo na lei, podia-se considerar inválida a lei injusta. Depois, com o prevalecer do "legalismo" sobre o "jusnaturalismo" dos séculos precedentes, surgiram, pelo menos, as premissas de um primeiro vastíssimo controle de legalidade (*Cour de Cassation, Conseil d'Etat*). Mas a exigência de uma justiça acima das leis foi, de imediato, se apresentando novamente, com mais concreta evidência, sob forma de "Declarações de Direitos" e de "Constituições" tendo valor superior às próprias leis. É, exatamente, na *garantia de uma superior legalidade*, que o controle judicial de constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, se não necessário, coroamento do Estado de direito e que, contraposta à concepção do Estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo.

A Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico (9). Um retorno, porém, que é também consciência da superação dos velhos esquemas jusnaturalistas: de um direito natural entendido como *absoluto e eterno* (e, portanto, *imóvel*) valor, a um jusnaturalismo *histórico*, direito natural vigente (10);

9 — "A problemática do direito natural, hoje, só pode ser enfrentada no terreno do constitucionalismo". Assim, agudamente, Nicola MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XVII (1963), p. 988.

10 — Esta evolução, em sentido historicista, do jusnaturalismo é um dos mais importantes e interessantes desenvolvimentos do pensamento contemporâneo. Cfr., recentemente, G. FASSÒ, *La legge della ragione*<sup>2</sup>, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 199 ss. e ali amplas referências. Na p. 199 sublinha justamente FASSÒ que "todas as doutrinas [jusnaturalistas] que, de qualquer modo, a concebessem — decreto de uma vontade superior, fato da natureza e, também, ditame da razão — afirmaram a validade de uma norma anterior e superior àquelas promulgadas pelo Estado, pretenderam, salvo raríssimas exceções, até há pouquíssimo tempo, esta norma como estranha à história, absoluta, imutável, eterna".

um fenômeno, como cada um vê, perfeitamente paralelo ao da passagem da metodologia apriorístico-dedutiva de um abstrato universalismo, à superação das últimas fases nacionais do positivismo, através dos instrumentos realístico-indutivos do método comparativo (11).

A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Porque norma naturalmente mais genérica, vaga, elástica, ela contém aqueles conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes, acentuadamente criativa, e, porque tal, susceptível de adequar-se às mutações, inevitáveis, do próprio "valor". Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa — talvez impossível, talvez "faustiana", mas profundamente humana — de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de "definir", em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir — o *Absoluto*. A justiça constitucional é a garantia desta "definição"; mas é também, ao mesmo tempo, o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às concretas exigências de um destino de perene mutabilidade.

Para os fins desta "relativização", desta "positivização" do Absoluto, o engenho criativo do homem descobriu, precisamente na justiça constitucional, o instrumento mais refinado, mais aperfeiçoado, embora sujeito, como todos os instrumentos humanos, a erros, variações, defeitos. Refletindo as características da norma constitucional, para cuja atuação concreta ela deve velar, a justiça constitucional, através de uma interpretação acentuadamente discricionária (mas nem por isto arbitrária), se faz *jurisdição de equidade constitucional* (12), confiada a um "órgão soberano" (13), composto de juízes independentes e impar-

11 — Cfr., ainda, a *Apresentação* deste volume.

12 — Cfr. nosso estudo sobre *L'attività e i poteri del giudice costituzionale*, cit.

13 — Cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giurisprud. costituz.*, II (1957), e agora in *Scritti di diritto costituzionale* de P. BARILE, Padova, Cedam, 1967, p. 226 ss.; G. LEIBHOLZ, *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, no volume *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe, Müller, 1963, p. 61 ss., especialmente p. 73 ss.; Id., *Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Einleitung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 6 (1957), p. 109 ss., especialmente p. 118 s.

ciais, voltados para a *humanização daquele Absoluto*, para a *concretização daqueles supremos valores* que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática irrealidade. A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das "Leis Fundamentais".

## SUMMARY

This book sets out to apply the comparative method to the study of judicial review.

After distinguishing judicial review from types of control of constitutionality which are not judicial in nature and are to be found in France and in Socialist countries, an examination of some historical precedents is given. These are to be found, for example, in ancient Athens, medioeval Europe and 17th century England. It may be admitted, however, that judicial review, as it is known to-day, really came into being with Chief Justice Marshall's judgement in *Marbury v. Madison*.

A survey of the modern world reveals two types of systems. On the one hand judicial review may be exercised, as in the United States, by the ordinary judges in the normal course of concrete cases. Elsewhere Constitutional Courts have been created, and they alone are empowered to decide questions of constitutionality. Hence such questions are considered by a distinct legal body and are not resolved by the ordinary courts in the same way as any other point of law. Further differences may be found in the effects of a judgement of unconstitutionality, which may be either general or particular, retroactive or not. The reasons for this divergence are both practical and theoretical and are largely a reflection of the different approaches of the common law and the civil law.

These are some of the questions which this book considers; it is above all an attempt to underline the importance of judicial review in a modern conception of law and justice.

## ÍNDICE DOS AUTORES

*Em cada capítulo as obras são citadas integralmente apenas a primeira vez.  
Os números em itálico remetem às citações integrais.*

- ABADAN, Y., 73  
ABE, T., 69, 78, 92  
ABRAHAM, H. J., 53, 60, 95  
ADAMS, J., 63  
ADAMS, J. C., 9, 71, 79, 80, 81, 96,  
113  
ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO,  
N., 9, 73, 94  
ANCEL, M., 81  
ANZILOTTI, D., 10  
AQUINO, ver TOMÁS DE  
ARISTÓTELES, 50, 51  
ASCARELLI, T., 126  
AZRAK, A. Ú., 73, 94, 100, 111, 116  
AZZARITI, G., 33, 38, 47, 48, 67,  
72, 77, 96, 99, 127  
BACHOF, O., 89  
BAGEHOT, W., 53  
BALTA, T. B., 73, 111, 116  
BARACHO, J. A. de O., 66  
BARBI, C. A., 41, 66  
BARBOSA MOREIRA, J. C., 18, 66,  
101  
BARILE, P., 93, 130  
BARRET, Jr., E. L., 47  
BARTHÉLEMY, J., 27  
BARTIN, E., 10  
BATAILLER, F., 27, 29, 43, 91  
BATTAGLINI, M., 27, 35, 37, 38,  
51, 52  
BEÉR, J., 33  
BERNHARDT, R., 84, 128  
BETH, L. P., 51  
BIANCHI D'ESPINOSA, L., 120  
BICKART, R., 55  
BISCARETTI DI RUFFIA, P., 32,  
33, 36, 37, 48, 74, 77, 117  
BITTENCOURT, L., 66  
BLACK, Jr., Ch. L., 75  
BLACKSTONE (Sir), W., 53  
BLÜMEL, W., 73, 84  
BOBBIO, N., 14  
BÖCKENFÖRDE, C., 120  
BONIFACIO, F., 93  
BRACON, H. de, 58  
BRADLEY, A. W., 39  
BRAÑES, R., 17  
BRATUS', S. N., 34  
BRISEÑO SIERRA, H., 9, 17  
BROWN, B. F., 51  
BRUTON, J., 47  
BRUZELIUS, A., 71  
BUERSTEDDE, L., 27, 29  
BUERSTEDDE, W., 95, 96  
BURDEAU, G., 27  
BURGOA, I., 26  
BUZAID, A., 66  
CAHILL, Jr., F. V., 89  
CALAMANDREI, P., 31, 39, 41, 42,  
44, 67, 75, 89, 90, 93, 102, 126  
CAPÍN MARTÍNEZ, L., 9  
CAPPELLETTI, M., 9, 10, 17, 19, 20,  
24, 25, 70, 71, 79, 80, 81, 85, 89,  
90, 96, 109, 110, 113, 125, 126,  
128, 130  
CARNELUTTI, F., 125  
CARRÉ, G. L. J., 97  
CASTBERG, F., 71, 79, 98, 102,  
126  
CASTRO, J. V., 119

CATINELLA, S., 38, 47, 61, 63, 72, 90, 95  
CERETI, C., 85  
CHIOVENDA, G., 97  
CHKHIKVADZE, V.M., 32  
CÍCERO, 51  
CODDING, Jr., G.A., 79, 92  
COING, H., 51, 56  
COKE (Sir) E., 45, 58, 59, 60, 62  
COLE, T., 96, 128  
COLLIARD, C.A., 27, 29, 30, 75, 94, 95, 98  
COMOGLIO, L.P., 123  
CONSTANT, B., 12  
CORWIN, E.S., 50, 51, 53, 58, 59, 60, 63, 116  
COTTA, S., 53, 55, 58, 59, 60  
CROSA, E., 50  
CUCHE, P., 97  
DAVID, R., 32, 36, 83, 92  
DEENER, D., 51, 60, 72, 83  
DE FRANCISCI, P., 49, 50, 51  
DEMÓSTENES, 51  
DENISOV, A., 35  
DE PANGE, J., 52  
DERATHÉ, R., 55  
DE'SANTI, ver GROTTANELLI DE'SANTI, G.  
DE TOCQUEVILLE, ver TOCQUEVILLE, A., de.  
DE VRIES, H.P., 83  
DIETZE, G., 27, 60, 72, 85, 90  
DJORDJEVIC, J., 74  
DOWLING, N.T., 103, 123  
DUGUIT, L., 27, 91, 95  
DUVERGER, M., 26, 27  
ECKHOFF, T., 79, 97  
ECONOMOU, D.P., 68  
EDSALL, P.D., 102  
EHRENBERG, V., 49, 50  
EHRMANN, H.W., 96  
EINAUDI, M., 53, 56, 57, 62, 63, 95  
EISENMANN, Ch., 29, 91, 94, 95, 96, 99, 127  
ELLUL, J., 26, 55  
ENGEL, S., 27, 94, 95, 96  
ENGELHARDT, D., 25, 29, 55, 62, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 77, 79, 94, 95, 96, 103, 108, 109, 110, 120, 121, 122, 124

ENTRÈVES, ver PASSERIN D'ENTRÈVES, A.  
ERMACORA, F., 100, 105, 117, 121  
ESMEIN, H., 26  
ESPINOSA, ver BIANCHI D'ESPINOSA, L.  
ESPOSITO, C., 30, 82, 85, 89, 120, 127  
FASSÒ, G., 51, 52, 54, 56, 129  
FAVOREU, L., 28, 29, 30, 96  
FAVRE, A., 70  
FERRETJANS, J.-P., 32, 33, 74  
FIELD, O.P., 102  
FIX ZAMUDIO, H., 9, 17, 19, 24, 26, 44, 67, 70, 80, 110, 112, 118, 119  
FLAMMERMONT, J., 55  
FLEINER, F., 79  
FORSTHOFF, E., 126  
FORTESCUE (Sir), J., 59  
FRAGISTAS, C., 10  
FRANCHI, G., 74  
FREUND, P.A., 87  
FRIESENHAHN, E., 75, 85, 108, 109, 110, 119, 124, 128  
FURNO, C., 42  
GARCÍA LAGUARDIA, J.M., 59  
GIACOMETTI, Z., 70, 79, 80  
GIERKE, O., von, 52  
GIESEY, R.H., 55  
GINSBURG, R.B., 71  
GLASSON, E., 39  
GÓMEZ LARA, C., 9, 17  
GOUGH, J.W., 58, 59  
GRANT, J.A.C., 46, 48, 60, 61, 62, 66, 69, 86, 87, 102, 103, 116, 122, 123  
GROSSMANN, R.H., 63, 70, 80  
GROTIUS, H., 52  
GROTTANELLI DE'SANTI, G., 25  
GUETZÉVITCH, ver MIRKINE-GUETZÉVITCH, B.  
GUNTHER, G., 103, 123  
HAAK, V., 126  
HALL, K.-H., 31  
HAMILTON, A., 75, 82, 84  
HAMON, L., 29, 91, 94, 95, 96, 99, 127  
HAURIU, M., 27, 91  
HAYASHIDA, K., 69, 78, 86, 87, 113

HAZARD, J.H., 36  
HERLITZ, N., 71  
HEYDE, W., 128  
HIGNETT, C., 49  
HOLDSWORTH, W.S., 59  
HONNOLD, J., 47  
HUFTEAU, Y.-L., 41, 42, 44  
IMBODEN, M., 70, 79, 126  
ITO, M., 91  
JACKSON, R.H., 58  
JEDRYKA, Z., 34, 36, 37, 38  
JÈZE, G., 27, 91  
KADISH, M.R., 19  
KADISH, S.H., 19  
KAHN, F., 10  
KAPUR, J.L., 62  
KARIS, Th., 61  
KARST, K.L., 18  
KASTARI, P., 32, 33, 71, 74  
KAUPER, P.G., 103, 104, 112, 113, 114, 118, 123  
KELSEN, H., 68, 72, 90, 115, 121, 122  
KHALFINA, R.O., 37  
KIRCHHEIMER, O., 89, 126  
KIRICHENKO, M., 35  
KIYOMIYA, S., 69, 78, 87, 91, 113, 118  
KNITTEL, W., 123, 124  
KOHLER, J., 56  
KOVÁCS, I., 35  
KRBEK, I., 74  
KUZNETSOV, I.N., 33  
LABAND, P., 85  
LACY, F.R., 74  
LAGUARDIA, ver GARCÍA LAGUARDIA, J.M.  
LAMBERT, E., 43, 58, 97  
LARA, ver GÓMEZ LARA, C.  
LECHNER, H., 119  
LEIBHOLZ, G., 69, 87, 113  
LEMAIRE, A., 55  
LEMASURIER, J., 27, 95, 99  
LIEBMAN, E.T., 41, 120  
LITTLETON (Sir), Th., 59  
LOCKE, J., 53  
LOYSEAU, Ch., 55  
MAGNUS, J., 88  
MAKI, J.M., 86, 91, 113

MANCINI, P.S., 10  
MARCIO, R., 24, 51  
MARSHALL, J., 47, 48, 63, 75, 84  
MASSART, E., 29, 95  
MASTELLONE, S., 55  
MATTEUCCI, N., 129  
MAURACH, R., 36  
McNELLY, Th., 92  
McWHINNEY, E., 47, 61, 62, 68, 87  
MEDINA, L., 9  
MEHREN, A.T., von, 58, 91, 92, 113  
MELICHAR, E., 76, 85, 105, 107, 121  
MERIKOSKI, V., 71  
MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., 87  
MITSKEVICH, A.V., 34  
MOKICHEV, K.A., 32  
MONTESQUIEU, Ch. De Secondat, baron de, 40, 55, 97  
MORTATI, C., 74, 128  
MOSLER, H., 28, 61, 68, 102, 116, 126  
MOSSA, L., 29  
MOUSKHÉLY, M., 33, 34, 36, 37, 38  
NADELMANN, K.H., 128  
NATHANSON, N.L., 69, 92  
OTIS, J., 63  
PALADIN, L., 99  
PAOLI, U.E., 49, 50  
PASSERIN D'ENTRÈVES, A., 50, 54  
PERROT, R., 30  
PETRÉN, G., 71  
PHILLIPS, G.G., 39  
PIERANDREI, F., 29, 77, 94, 97  
PIOVANI, P., 54  
PLATÃO, 49, 51  
PLÍNIO, A., 17, 18  
PLUCKNETT, F.T., 53, 59, 60  
RABEL, E., 10  
RAMÍREZ, ver TENA RAMÍREZ, F.  
RANKIN (Sir), G., 39  
RITTERSPACH, T., 17  
ROELLECKE, G., 89  
ROUSSEAU, J.-J., 40, 52  
ROZMARYN, S., 32, 33, 35, 36, 37, 48, 74, 77, 117  
RUFFÍA, ver BISCARETTI DI RUFFÍA, P.

RUPP, H.G., 128  
 RUSSO, A.L., del, 20  
 SAARIO, V., 71, 103  
 SABATINI, G., 41  
 SALEMI, Jr., G., 72  
 SAMOSHCHENKO, I.S., 34  
 SANDULLI, A.M., 109, 119  
 SATO, 17  
 SAVIGNY, F.K., von, 10  
 SCHINDLER, Jr., D., 70  
 SCHMID, C., 89  
 SCHORN, H., 90  
 SHAFIR, M.A., 34  
 SHEBANOV, A.F., 32  
 SHORINA, E.V., 34, 37  
 SIERRA, ver BRISEÑO SIERRA, H.  
 SMITH, J.H., 61  
 SOLUS, H., 30  
 SORRENTINO, F., 25  
 SPANNER, H., 68, 72, 90  
 SRZENTIC, N., 74  
 STALIN, J.V., 33  
 STORING, J.A., 79, 102  
 STROGOVICH, M.S., 34  
 TAFT, W.H., 87  
 TALLON, D., 20  
 TANIGUCHI, 17  
 TENA RAMÍREZ, F., 24  
 TISSIER, A., 39  
 TOCQUEVILLE, A., de, 76, 113  
 TOMÁS DE AQUINO, 53  
 TOURNEAUX, M., 55  
 TROMBETAS, Th. P., 46, 114

TZERMÍAS, P., 73  
 UOTILA, J., 71  
 VASIL'EV, A.M., 32, 37  
 VEDEL, G., 43, 91  
 VESCOVI, E., 66, 88, 96, 125  
 VIGORITI, V., 74  
 VILE, M.J.C., 97  
 VINCENT, J., 97  
 VON GIERKE, ver GIERKE, O., von  
 VON MEHREN, ver MEHREN, A.T.,  
 von  
 VON SAVIGNY, ver SAVIGNY, F.K.,  
 von  
 VON WEBER, ver WEBER, H., von  
 VYSHINSKY, A.Y., 32  
 WADE, E.C.S., 39  
 WAGNER, W.J., 47, 61, 79, 95, 117,  
 118, 123  
 WALINE, M., 28  
 WEBER, H., von, 55  
 WECHSLER, H., 126  
 WIGNY, P., 91, 96  
 WILDHABER, L., 102  
 WOLF, E., 70, 81  
 WRIGHT, B.F., 59, 60, 68  
 WRIGHT, C.A., 103  
 ZAJTAY, I., 83  
 ZAMORA, ver ALCALÁ-ZAMORA  
 Y CASTILLO, N.  
 ZAMUDIO, ver FIX ZAMUDIO, H.  
 ZANOBINI, G., 96  
 ZELLWEGER, E., 36  
 ZWEIGERT, K., 89

## ÍNDICE-SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO . . . . .	9
PREFÁCIO À EDIÇÃO EM LÍNGUA PORTUGUESA . . . . .	17

### Capítulo I

#### DELIMITAÇÃO DO TEMA: CONTROLE JUDICIAL E CONTROLE POLÍTICO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE

§ 1. O controle judicial da constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional . . . . .	17
§ 2. Controle jurisdicional e controle político da constitucionalidade das leis . . . . .	26
§ 3. O controle político de constitucionalidade nos Países socialistas . . . . .	31
§ 4. Controle de constitucionalidade e controle de legalidade: função originária e evolução da <i>Cour de Cassation</i> . . . . .	39

### Capítulo II

#### ALGUNS PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

§ 1. O controle judicial de constitucionalidade das leis como "contribuição americana à ciência política": fundamento histórico parcial desta tese . . . . .	45
--	----

§ 2. Um precedente ateniense: a distinção entre <i>nómoi</i> e <i>psefismata</i> e as consequências da ilegitimidade destes últimos . . . . .	49
§ 3. A concepção medieval do direito e da justiça e a concepção da escola jusnaturalista dos séculos XVII-XVIII. A doutrina da “heureuse impuissance” do Rei de violar as “lois fondamentales du royaume” . . . . .	51
§ 4. A luta de Lord Edward Coke pela supremacia da <i>common law</i> , “acertada” pelos Juizes, sobre o Rei e sobre o Parlamento; a “glorious revolution” e a supremacia do Parlamento: suas contrastantes consequências no Reino da Inglaterra (ausência de um controle judicial de constitucionalidade das leis) e nas colônias e ex-colônias (a <i>judicial review</i> nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália, na Índia, etc.) . . . . .	57

Capítulo III

ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOB O ASPECTO “SUBJETIVO”

§ 1. Sistema “difuso” ou “americano” e sistema “concentrado” ou “austríaco” de controle judicial da constitucionalidade das leis . . . . .	65
§ 2. A expansão do sistema de controle difuso (Commonwealth, Japão, Suíça, Noruega, Dinamarca, Suécia, Alemanha de Weimar, Itália nos anos de 1948-1956) e a do sistema concentrado (Itália, Alemanha, Chipre, Turquia, Iugoslávia, Tchecoslováquia e Espanha) . . . . .	68
§ 3. A força racional da doutrina que está na base do sistema difuso de controle . . . . .	74
§ 4. Inconvenientes do sistema difuso nos Países de base romanista . . . . .	76

§ 5. Superação daqueles inconvenientes nos Países de <i>common law</i> , por força do princípio do <i>stare decisis</i> : as consequências práticas de um “simples raciocínio” . . . . .	80
§ 6. A criação, nos Países de <i>civil law</i> , de especiais Cortes Constitucionais e a doutrina que está na base do sistema concentrado de controle . . . . .	82
§ 7. Uma ulterior justificação deste sistema, dessumida da análise sociológica do ordenamento judiciário e da natureza da norma constitucional e de sua interpretação; a inadequação da Corte de Cassação italiana, como também de outras Cortes Supremas européias, para exercer o controle de constitucionalidade. Os Juizes da <i>Supreme Court</i> americana e os das Cortes Constitucionais européias . . . . .	85
§ 8. A solução francesa do controle exclusivamente “político” de constitucionalidade das leis e suas razões históricas, ideológicas e práticas; o sistema concentrado de controle jurisdicional de constitucionalidade, como um compromisso prático e ideológico entre o método francês e o americano . . . . .	94

Capítulo IV

ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOB O ASPECTO “MODAL”

§ 1. O sistema “americano” como tipo de controle judicial difuso que se exerce “em via incidental” . . . . .	101
§ 2. O sistema “austríaco” como tipo de controle concentrado que se exerce “em via principal” . . . . .	104
§ 3. A <i>Bundes-Verfassungsnovelle</i> de 1929 e a legitimação do <i>Oberster Gerichtshof</i> e do <i>Verwaltungsgerichtshof</i> para argüir incidentalmente a questão de constitucionalidade. O permanente defeito do sistema austríaco . . . . .	105

§ 4. O controle de constitucionalidade das leis nos sistemas italiano e alemão e a superação do defeito revelado pelo sistema austríaco. Aproximação parcial ao sistema americano. Possibilidade também de um controle “por via de ação” . . . . .	108
§ 5. Vantagens e inconvenientes dos sistemas “americano” e “europeu” de controle de constitucionalidade das leis, sob o ponto de vista da extensão do controle e dos riscos a ele inerentes . . . . .	112

Capítulo V

ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA  
DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICIONAL  
DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOB O ASPECTO DOS  
EFEITOS DOS PRONUNCIAMENTOS

§ 1. O controle meramente declarativo e o controle constitutivo da constitucionalidade das leis . . . . .	115
§ 2. Os efeitos, gerais ou particulares, do pronunciamento de inconstitucionalidade . . . . .	117
§ 3. Os efeitos, futuros ou retroativos, do pronunciamento de inconstitucionalidade . . . . .	119
§ 4. Exceções à eficácia, futura ou retroativa, do pronunciamento de inconstitucionalidade . . . . .	120

Capítulo VI

ALUSÃO A OUTROS PROBLEMAS E CONCLUSÃO

§ 1. Outros importantes aspectos e problemas do controle judicial de constitucionalidade das leis, não tratados neste volume . . . . .	125
§ 2. Considerações conclusivas . . . . .	128
SUMMARY IN ENGLISH . . . . .	133
ÍNDICE DOS AUTORES . . . . .	135