

MAURO CAPPELLETTI

Doutor em Direito (Universidade de Florença, Itália)  
Prof. da Universidade de Stanford (Estados Unidos)  
Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do  
Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália)

## O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO COMPARADO

Tradução:

*Aroldo Plínio Gonçalves*  
Professor Livre Docente da Faculdade de Direito  
na Universidade Federal de Minas Gerais

Revisão:

*José Carlos Barbosa Moreira*  
Professor Titular da Faculdade de Direito  
na Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Sergio Antonio Fabris Editor  
Porto Alegre / 1984

DEDALUS - Acervo - FD



20400196630

5

a França não admite derrogações ao princípio, nos outros Países, pode, ao invés, derrogá-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 juizes da *Supreme Court* americana, assim também na nomeação dos juizes 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 montesquieuano 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 Grundgesetz 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 jurisdiccional da Corte Constitucional austríaca e sobre seus juizes, F. ERMACORA, *Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit seit 1945*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 8 (1959), pp. 54, 61, e ali outras referências. Observe, 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. 76s., 80s.

#### Capítulo IV

### ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA

## DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICCIONAL

## 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 arguir 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 eles inerentes.

§ 1. Depois de ter considerado o controle jurisdiccional 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 arguidas perante os juizes competentes para decidilas 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 vigia 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 representada, 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 as 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, *Verfassungsgeschichtlichkeit in Norwegen und Dänemark*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgeschichtlichkeit 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 "commun" (civíl 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 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 juízes, 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 consequente afirmação da possibilidade de obter em via preventiva um *declaratory judgment* da existência do direito constitucional que aquela lei ameaça de violar, cfr. os precedentes comentados em N.T. DOWLING/G. GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 1965, pp. 85 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, *Verfassungsgeschichtlichkeit 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 excluída 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 arguida 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 *Verfassungsgeschichtshof* — 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, *intrinsecamente 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

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 *Verfassungsgeschichtshof*, 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 arguida 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 — Cf. E. MELICHAR, *Die Verfassungsgeschichtshof in Österreich*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgeschichtshof in der Gegenwart*, cit., p. 442.

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

5 — KAUPER, *op. cit.*, pp. 571, 573.

6 — Cf. KAUPER, *op. 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, indistintamente, "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".

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 judiciais 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 judiciais 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

limitada, isto é, limitada a criar um óbice contra possíveis invasões institucionais 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 judiciais superiores, ou seja, ao *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa). Estes órgãos judiciais, 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-

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...”

10 — Cfr. MELICHAR, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, cit., p. 486.  
11 — Cfr. MELICHAR, *op. 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).

Desa 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 *Verfassungsgesetz* 1953.

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

14 - Cfr. E. FRIESENHAHN, *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 *suspensivo*, 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. FRIESENHAHN, *op. cit.*, pp. 105 in fine - 106 in 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, FRIESENHAHN, *op. 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 Verfassungsstreitigkeiten 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 juizes 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 juizes 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 "austríaco" 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, 1965, 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 "austríaco" 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 maioria 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 "européu" — 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 consequência 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". Cf. 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 adorado, exatamente, no último pós-guerra, o método "norte-americano".

De outra parte, tampouco podemos esconder que, se o método "européu" (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. 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, *Verfassungsgesetzbarkeit in Japan*, in MAX-PLANK-INS-TITUT, *Verfassungsgesetzbarkeit 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 admira 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 souvent 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 vêm 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. 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 Hellenique 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. cit.*, p. 627.

## Capítulo V

### ANÁLISE ESTRUTURAL-COMPARATIVA DOS MODERNOS MÉTODOS DE CONTROLE JURISDICCIONAL 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*,