

MAURO CAPPELETTI

Doutor em Direito (Universidade de Florença, Itália)
Prof. da Universidade de Stanford (Estados Unidos)
Prof. da Universidade de Florença (Itália)

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO COMPARADO

2ª Edição - Reimpressão

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/1992 - Reimpresso 1999

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 europeias 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 europeias 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 europeias (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 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. 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 judiciais comuns, como nos sistemas onde o controle tem caráter “difuso”, ou, seja, ao contrário, a decisão de especiais órgãos judiciais, como as Cortes Constitucionais europeias.

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, reago 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 Itaca, 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 3ª, da Constituição austríaca: "... die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungssgerichtshof 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 2º; cfr. também T. B. BALTA, *Die Verfassungsgeschichte in der Türkei*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, *Verfassungsgeschichte in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Herausgegeben von H. MOSLER, Köln-Berlin, Heymann, 1962, p. 564; A. Ü. AZRAK, *Verfassungsgeschichte in der Türkei. In Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, II (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 acertoamento 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 Parlamntos 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 noutra, 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 RUFFA/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.

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 inconstitutionality 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 3ª, da Constituição austríaca: "die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft" etc.; cfr. em doutrina, por exemplo, F. ERMACORA, *Der Verfassungsgeschichtshof*, 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 sobrevivendo 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 “principio 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. KAUPPER, *Judicial Review of Constitutional Issues in the United States*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgeschichte 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, *Verfassungsgeschichte in Japan*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgeschichte 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, KAUPPER e WAGNER, *op. et loc. cit.*

atenuada, no México, por causa do estreito vínculo à “jurisprudencia” da *Suprema Corte de Justicia*, bem como do instituto da *suplencia 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, *retroactiva* 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 consequente, 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 *suplencia de la queja deficiente* cfr. J. V. CASTRO, *La Suplencia 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. cit.*, p. 190).

12 — Cfr. por muitos E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgeschichte in der Bundesrepublik Deutschland*, in MAX-PLANCK-INSTITUT, *Verfassungsgeschichte in der Gegenwart*, cit., pp. 135, 142-143; A. M. SANDULLI, *Die Verfassungsgeschichte 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 jurisdicionais superiores — o *Oberster Gerichtshof* e o *Verwaltungsgerichtshof* — para arguir, 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” (cíveis, penais, administrativos), pendentes perante os “normais” órgãos jurisdicionais, 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

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 — válidos, e eficazmente disciplinados pela norma inconstitucional. De tudo isto resultaria a consequência, 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 consequência, 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 Rechtsache zurück, die Anlass zur Einleitung des Gesetzprüfungsverfahrens 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 benefício às partes do procedimento no curso do qual a questão de constitucionalidade foi arguida, 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. KEISEN, *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 dem 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*, 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. COMOLIO, *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 nos 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 italiana expressamente dispõem — que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ninguém deve 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 3º e 4º, da Lei nº 87, de 11 de março de 1953.

17 — Veja-se o § 79 do *Bundesverfassungsgesetz* de 12 de março de 1951; cfr. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgesetzlichkeit 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 concorrente 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. 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 e quadrado 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 vigora 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.