

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Hans Kelsen

*(Com nota de Carré de Malberg e o debate
ocorrido na sessão de 1928 do Instituto
Internacional de Direito Público.)*

Introdução

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Tradução do alemão

ALEXANDRE KRUG

Tradução do italiano

EDUARDO BRANDÃO

Tradução do francês

MARIA ERMANTINA GALVÃO

Revisão técnica

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Martins Fontes

São Paulo 2003

A garantia jurisdicional da Constituição

*(Exposições e debates na sessão de
outubro de 1928 do Instituto Internacional
de Direito Público)**

* Cf. *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, 1929,
Presses Universitaires de France.

I
A jurisdição constitucional
(Exposição de Hans Kelsen)*

* Esse texto foi publicado pela primeira vez em francês: "La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", na *Revue de Droit Public et Science Politique*, 35/197-257, 1928, e com base na versão francesa foi feita a presente tradução. O texto em alemão foi publicado posteriormente em *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, pp. 31-88, sob o título "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit".

Preâmbulo

O presente estudo trata do problema da garantia jurisdicional da Constituição, geralmente chamada jurisdição constitucional, de um duplo ponto de vista.

Ele expõe primeiramente – questão teórica – a natureza jurídica dessa garantia, baseando-se em última análise no sistema de que o autor fez uma exposição geral em sua *Teoria geral do Estado (Allgemeine Staatslehre, Berlim, 1925)*.

Em seguida, busca – questão prática – os melhores meios de concretizá-la. Para tanto, o autor se apóia nas experiências que vem realizando há vários anos na qualidade de membro e relator permanente da Suprema Corte Constitucional da Áustria. De fato, a Constituição austríaca, que foi votada em 1920 com base num projeto por ele elaborado a pedido do governo austríaco, deu à instituição da jurisdição constitucional um desenvolvimento mais completo do que qualquer outra Constituição anterior.

I. O problema jurídico da regularidade

1. A garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas téc-

nicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas. Por conseguinte, costumam-se distinguir as funções estatais em legislação e execução, que se opõem assim como a criação ou a produção do direito se opõem à aplicação do direito considerado como simples reprodução.

O problema da regularidade da execução, de sua conformidade à lei, e por conseguinte o problema das garantias dessa regularidade, são objeto corrente de estudo. Já a questão da regularidade da legislação, isto é, da criação do direito, e a idéia das garantias dessa regularidade, enfrentam certas dificuldades teóricas. Não seria uma petição de princípio querer medir a criação do direito com um padrão que só é criado com o próprio objeto a medir? E o paradoxo que reside na idéia de uma conformidade do direito com o direito é ainda maior porque, na concepção tradicional, identificam-se sem maiores preocupações legislação e criação do direito, e por conseguinte lei e direito; de sorte que as funções reunidas sob o nome de execução, a jurisdição, e ainda mais particularmente a administração, parecem ser, por assim dizer, exteriores ao direito, parecem não criar propriamente direito, mas apenas aplicar, reproduzir um direito cuja criação estaria como que acabada antes delas. Se admitirmos que a lei é todo o direito, regularidade equivale a legalidade, e então não é evidente que se possa ampliar ainda mais a noção de regularidade.

Mas essa concepção da relação entre legislação e execução é inexata. Essas duas funções não se opõem de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira puramente relativa. Examinando-as melhor, vê-se que cada uma delas se apresenta, na verdade, ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito. Legisla-

ção e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias. Porque esse processo não se limita apenas à legislação, mas, começando na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar enfim, através das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo, aos atos de execução material destes últimos. Essa enumeração, de que só consideramos aqui as fases intra-estatais, pretende apenas indicar de forma esquemática as etapas principais desse processo, no decorrer do qual o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito. Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno. Claro, a realidade pode diferir desse tipo ideal. Para dar exemplo de uma das modificações possíveis do curso típico do procedimento de criação do direito: não é necessário que o regulamento, isto é, uma norma geral que emana das autoridades administrativas, se insira entre a lei e o ato individual; ou ainda, é possível que o regulamento intervenha imediatamente com base na Constituição, e não apenas como execução de uma lei. Mas aqui nos ateremos, em princípio, à hipótese do tipo indicado.

Como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito. Com relação ao decreto e a outros atos subordinados à lei, ela é, ao contrário, criação do direito; o decreto é, também, aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito com respeito à sentença e ao ato administrativo que o aplicam. Estes, por sua vez, são aplicação do direito, se olharmos para cima, e criação do direito, se olharmos para baixo, isto é, no que concerne aos atos pelos quais são executados.

O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.

2. Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior.

A idéia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica. Não é apenas na relação entre os atos de execução material e as normas individuais – decisão administrativa e sentença –, ou também entre esses atos de execução e as normas legais ou regulamentares gerais, que podem ser postuladas a regularidade e as garantias técnicas apropriadas para assegurá-la, mas também nas relações entre o decreto e a lei, e entre a lei e a Constituição. Assim, as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto as garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais.

Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis.

3. O fato de que a aspiração a garantias da Constituição se manifeste vivamente e de que a questão seja discutida cientificamente ainda hoje – ou, mais exatamente, só hoje – se deve ao mesmo tempo a razões teóricas e políticas. Por um lado, não faz muito que surgiu na doutrina a idéia da estrutura hierárquica do direito, ou – o que é a mesma coisa – da natureza jurídica da totalidade das funções estatais e de suas relações recíprocas. Por outro lado, se o direito dos Estados modernos, que apresenta uma grande quantidade de instituições destinadas a garantir a legalidade da execução, só toma, ao contrário, medidas muito restritas para assegurar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos decretos, isso se deve a motivos políticos; e esses motivos, por sua vez, não deixam de influenciar a formação da doutrina, que deveria ser a primeira a fornecer esclarecimentos sobre a possibilidade e a necessidade de tais garantias.

É o que acontece, em particular, com as democracias parlamentares da Europa originárias de monarquias constitucionais. A teoria jurídica da monarquia constitucional ainda tem atualmente – onde essa forma de Estado tende a passar para o segundo plano – uma grande influência. Seja conscientemente, onde se pretende organizar a República com base no modelo da monarquia, com um forte poder presidencial, seja inconscientemente, a doutrina do constitucionalismo determina em grande medida a teoria do Estado. Como a monarquia constitucional originou-se da monarquia absoluta, sua doutrina é, conseqüentemente, guiada sob muitos aspectos pelo desejo de fazer que pareça a menor e mais insignificante possível a diminuição sofrida pelo monarca, outrora absoluto. Na monarquia absoluta, a distinção entre o grau da Constituição e o grau das leis é, decerto, teoricamente possível, mas não desempenha na prática nenhum papel, já que a Constituição consiste unicamente no princípio de que toda expressão da vontade do monarca é uma norma jurídica obrigatória. Não há portanto

forma constitucional particular, isto é, normas jurídicas que submetem a regras diferentes a elaboração das leis e a reforma da Constituição; nela não tem sentido o problema da constitucionalidade das leis. A transição para a monarquia constitucional acarreta, precisamente a esse respeito, uma modificação decisiva, que se exprime de maneira assaz característica na expressão “monarquia constitucional”. A maior importância que a noção de Constituição adquire então, a existência de uma regra – regra que é precisamente a Constituição – segundo a qual as leis só devem ser feitas de certa forma, a saber, com a colaboração da representação nacional; o fato de que essa regra não pode ser modificada com a mesma simplicidade que outras regras gerais de direito – as leis –, isto é, que existe ao lado da forma legal ordinária uma forma especial mais difícil, a forma constitucional (maioria reforçada, votações múltiplas, assembléia constituinte especial), tudo isso expressa o deslocamento decisivo de poder. Poder-se-ia pensar, pois, que a monarquia constitucional devia ser um terreno de primeira ordem para a enérgica afirmação do problema da constitucionalidade das leis e, por conseguinte, das garantias da Constituição. Foi exatamente o contrário que ocorreu. A doutrina constitucionalista na verdade velou o novo estado de coisas, perigoso para o poder do monarca. Em oposição à realidade constitucional, ela o apresenta como o único, ou em todo caso o verdadeiro, fautor da legislação, declarando que a lei é expressão unicamente da sua vontade, reduzindo-se a função do Parlamento a uma adesão mais ou menos necessária, secundária, não essencial. É o caso da sua célebre tese do “princípio monárquico”, que não se deduz da Constituição, mas é, por assim dizer, inserido nela do exterior para interpretá-la num sentido político determinado, mais exatamente para deformar o direito positivo com ajuda de uma ideologia que lhe é estranha. Ou ainda da célebre distinção entre o mandamento da lei, que emanaria unicamente do monarca, e o conteúdo da lei, que seria

acordado entre o monarca e a representação nacional. Essa concepção tem por resultado não se considerar como uma imperfeição técnica da Constituição, mas antes como seu sentido profundo, que uma lei deva ser tida por válida a partir do momento em que é publicada no *Diário Oficial* com a assinatura do monarca, independentemente do fato de as prescrições relativas à sua adoção pelo Parlamento terem ou não sido obedecidas. Assim, reduz-se a quase nada – pelo menos teoricamente – a evolução capital da monarquia absoluta à monarquia constitucional, e em todo caso, o problema da constitucionalidade das leis e das suas garantias. A inconstitucionalidade de uma lei assinada pelo monarca, *a fortiori* sua anulação por tal causa, não podem de forma alguma se apresentar à consciência jurídica como questões de interesse prático. Além disso, a doutrina constitucionalista, apoiando-se muito menos no texto da Constituição a que fizemos alusão acima, reivindica para o monarca, não apenas a sanção dos textos de lei, mas também, com ela e nela, a promulgação exclusiva das leis. Assinando o texto votado pelo Parlamento, o monarca atestaria a constitucionalidade da elaboração da lei. Existiria portanto, de acordo com essa doutrina, certa garantia, pelo menos quanto a uma parte do procedimento legislativo; mas é precisamente a instância que deveria ser controlada que reivindica a função de controle. Sem dúvida, a rubrica ministerial acrescenta uma responsabilidade ao ato do monarca, mas a responsabilidade ministerial é privada de interesse prático na monarquia constitucional, na medida em que é dirigida contra os atos do monarca e só pode ser levada em conta quando se trata de vícios do procedimento legislativo que cabem ao Parlamento, visto que é este mesmo que o efetua.

A teoria, ainda hoje muito difundida e defendida com os mais diversos argumentos, de que é preciso retirar dos órgãos de aplicação do direito todo e qualquer exame da constitucionalidade das leis, de que se deve conceder aos tribunais no

máximo o controle da regularidade da publicação, de que a constitucionalidade da elaboração das leis é suficientemente garantida pelo poder de promulgação do chefe de Estado, e a consagração pelo direito positivo dessas concepções políticas nas próprias Constituições das atuais repúblicas devem-se em boa parte à doutrina da monarquia constitucional, cujas idéias influenciaram, mais ou menos conscientemente, a organização das democracias modernas.

II. *A noção de Constituição*

4. A questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição. Somente a teoria aqui desenvolvida, da estrutura hierárquica da ordem jurídica, está em condições de proporcioná-la. Não é exagero nenhum afirmar que somente ela permite apreender o sentido imanente dessa noção fundamental de “Constituição”, com a qual já sonhava a teoria do Estado da Antiguidade, porque essa noção implica a idéia de uma hierarquia das formas jurídicas.

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das nor-

mas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.

Donde a idéia de lhe proporcionar a maior estabilidade possível, de diferenciar as normas constitucionais das normas legais, submetendo-se sua reforma a um procedimento especial que comporta condições difíceis de serem reunidas. Surge assim a distinção entre a forma constitucional e a forma legal ordinária. No limite, somente a Constituição, no sentido estrito e próprio da palavra, está revestida dessa forma especial; ou – como se tem o costume, se não a felicidade, de dizer – a Constituição no sentido material coincide com a Constituição no sentido formal.

Se o direito positivo conhece uma forma constitucional especial, distinta da forma legal, nada se opõe a que essa forma também seja empregada para normas que não entram na Constituição no sentido estrito, e antes de mais nada, para normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis. Daí resulta a noção de Constituição no sentido lato. É ela que está em jogo quando as Constituições modernas contêm não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um catálogo de direitos fundamentais dos indivíduos ou de liberdades individuais. Com isso – é o sentido primordial, senão exclusivo, dessa prática –, a Constituição traça princípios, diretivas, limites, para o conteúdo das leis vindouras. Proclamando a igualdade dos cidadãos diante da lei, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, na

forma habitual de uma garantia aos sujeitos de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade, etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis não apenas deverão ser elaboradas de acordo com o modo que ela prescreve, mas também não poderão conter disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade, etc. A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.

Por isso costuma-se distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Essa distinção só é admissível com a reserva de que a inconstitucionalidade dita material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal, no sentido de que uma lei cujo conteúdo está em contradição com as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como lei constitucional. Trata-se sempre, portanto, de saber se o que deve ser observado é a forma legal ou a forma constitucional. Se o direito positivo não diferencia essas duas formas, o estabelecimento de princípios, de diretivas, de limites para o conteúdo das leis não tem sentido jurídico e não passa de uma aparência desejada por motivos políticos, como são aliás as liberdades garantidas na forma constitucional no caso freqüente em que a Constituição autoriza a legislação ordinária a limitá-las.

5. As disposições constitucionais relativas ao processo legislativo e ao conteúdo das leis só por leis podem ser precisadas. As garantias da Constituição não passam, pois, de meios contra as leis inconstitucionais; mas a partir do momento em que, por intermédio da idéia de forma constitucional, a noção de Constituição é ampliada a outros objetos que não o

procedimento legislativo e a determinação de princípio do conteúdo das leis, é possível que a Constituição se concretize em formas jurídicas que não sejam as leis, em particular em decretos ou até em atos jurídicos individuais. Com efeito, o conteúdo da Constituição pode tornar inútil uma lei, do mesmo modo que uma lei pode ser tal que não requeira um decreto para receber aplicação em atos administrativos ou jurisdicionais individuais. A Constituição pode, por exemplo, dispor que, em condições perfeitamente predeterminadas, poderão ser estabelecidas normas gerais, não mais por uma votação parlamentar, mas por um ato do governo: são os decretos de necessidade, que se acham então no mesmo grau das leis, que têm a mesma força que elas, as substituem e as modificam, e são imediatamente subordinados à Constituição, ao contrário dos simples decretos complementares, que podem ser portanto, tal como as leis, imediatamente inconstitucionais e contra os quais, por conseguinte, do mesmo modo que contra as leis inconstitucionais, devem se dirigir as garantias da Constituição.

Mas nada se opõe tampouco a que sejam estabelecidas na forma constitucional normas que não contenham apenas princípios, diretivas, limites para o conteúdo das leis vindouras, e devam por conseguinte ser concretizadas por intermédio de leis, mas que, ao contrário, regulem uma matéria tão completamente que sejam de imediato aplicáveis aos casos concretos por atos jurisdicionais e, mais ainda, administrativos. Assim é quando a Constituição, nesse sentido lato, determina como são designados certos órgãos executivos supremos (chefe de Estado, ministros, tribunais superiores, etc.), de tal modo que possam ser criados sem a intervenção de nenhuma regra de detalhe que complete a Constituição – lei ou regulamento –, mas em aplicação imediata da própria Constituição. Essa matéria aparece efetivamente inclusa na noção corrente de Constituição. Entende-se tradicionalmente por Constituição – no sentido material – não apenas as regras relativas aos órgãos e

ao procedimento legislativo, mas também as que se referem aos órgãos executivos superiores, e, além delas, a determinação das relações de princípio entre o Estado e os cidadãos, designando-se com isso simplesmente o catálogo dos direitos fundamentais, isto é, para nos exprimirmos de modo juridicamente correto, certos princípios relativos ao conteúdo das leis. A prática dos Estados modernos também corresponde a essa noção, e suas Constituições em geral apresentam esses três aspectos.

Se assim é, não são apenas as normas gerais – leis ou decretos – que são imediatamente subordinadas à Constituição e que, por conseguinte, podem ser imediatamente inconstitucionais, mas também os atos individuais. O número de atos individuais imediatamente subordinados à Constituição pode naturalmente ser estendido à vontade, bastando, por uma razão política qualquer, revestir a forma constitucional das normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos – por exemplo, votar como leis constitucionais as leis sobre as associações ou as Igrejas. Se bem que uma garantia da regularidade dos atos de execução das leis tenha, em sua forma, o caráter de uma garantia da Constituição, é evidente que aqui, pelo fato de a noção de Constituição ser ampliada demasiado além de seu domínio original e por assim dizer natural – o domínio que resulta da teoria da estrutura hierárquica do direito –, a garantia específica da Constituição, cuja organização técnica (a jurisdição constitucional) deverá ser estudada em seguida, não pode se dar diretamente, porque o caráter individual do ato inconstitucional criaria um concurso evidente da jurisdição constitucional com a jurisdição administrativa, sistema de medidas destinadas a garantir a legalidade da execução e, em particular, da administração.

6. Em todos os casos até aqui considerados, tratava-se exclusivamente de atos imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, de fatos de inconstitucionalidade

imediate. Distinguem-se notadamente desses atos os que não são mais imediatamente subordinados à Constituição e que, por conseguinte, só podem ser mediamente inconstitucionais.

Quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta. Sublinhemos aqui em particular, por se tratar de normas gerais, o decreto regulamentar, cuja preocupação em assegurar a legalidade também pode ser classificada, por motivos que examinaremos adiante, entre as funções da jurisdição constitucional. Notemos, de resto, que a inconstitucionalidade direta nem sempre se deixa distinguir nitidamente da inconstitucionalidade indireta, porque, entre esses dois tipos, podem se inserir certas formas mistas ou intermediárias. É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição autoriza imediata, diretamente, todas as autoridades administrativas ou algumas delas a baixar regulamentos nos limites da sua competência, para assegurar a execução das leis que têm de aplicar. Essas autoridades derivam então seu poder regulamentar imediatamente da própria Constituição. Mas o que elas devem dispor – isto é, o conteúdo de seus regulamentos – é determinado pelas leis que se encontram entre elas e a Constituição. Esses decretos regulamentares se distinguem de forma evidente, precisamente por causa do seu grau de proximidade da Constituição, daquele outro tipo de decreto a que aludimos acima, os que derogam as leis ou as substituem, que são imediatamente subordinados à Constituição e, por conseguinte, só podem ser inconstitucionais, e não ilegais.

Outro caso: quando a Constituição estabelece princípios relativos ao conteúdo das leis, por exemplo um catálogo de direitos fundamentais, os atos administrativos praticados para aplicação dessas leis podem ser inconstitucionais, num sentido ainda diferente do que o é qualquer ato administrativo ilegal. Se, por exemplo, a Constituição dispõe que a expropriação

só pode ocorrer mediante plena e cabal indenização, e se, num caso concreto, procede-se à expropriação com base numa lei perfeitamente constitucional que também estabeleça o princípio da indenização plena, mas em contradição com suas disposições – isto é, sem indenização –, o ato administrativo não é ilegal – e por conseguinte indiretamente inconstitucional – no sentido ordinário, porque ele não vai apenas contra a lei e, por conseguinte, contra o princípio constitucional geral da legalidade da execução, mas também contra um princípio especial expressamente estabelecido pela Constituição, a saber, que toda expropriação deve ser acompanhada por uma plena e cabal indenização e, portanto, ultrapassa esse limite especial que ela impõe à legislação. Seria compreensível então que se pusesse em movimento contra os atos ilegais dessa natureza um mecanismo que servisse de garantia da Constituição.

O princípio constitucional da legalidade da execução não significa apenas que todo ato de execução deva ser conforme à lei, mas essencialmente que só pode haver ato de execução com base numa lei, autorizado por uma lei. Se, por conseguinte, uma autoridade estatal – tribunal ou agente administrativo – produz um ato sem nenhuma base legal, esse ato não é propriamente ilegal, pois falta uma lei com relação à qual se possa apreciar sua legalidade, mas é um ato “sem lei” e, como tal, imediatamente inconstitucional. Pouco importa que esse ato “sem lei” não se refira a nenhuma lei ou que a menção a uma lei seja puramente fictícia, como no caso em que, por exemplo, a administração expropriasse uma casa urbana invocando uma lei que autoriza a expropriação de imóveis rurais para uma reforma agrária. Por mais claramente que este caso se distinga do caso precedentemente examinado, de uma expropriação ilegal por não ser acompanhada de indenização, não se deve dissimular porém que, em geral, o limite entre atos “sem lei”, e por conseguinte imediatamente inconstitucionais, e atos ilegais, e por conseguinte de uma inconstitucionalidade simplesmente mediata, não é perfeitamente nítido.

7. Ao lado das leis, de certos decretos e dos atos individuais de execução que apresentam as características acima indicadas, cumpre considerar como outra forma jurídica imediatamente subordinada à Constituição os tratados internacionais; geralmente as Constituições dispõem sobre sua elaboração, autorizam o chefe de Estado a firmá-los, concedem ao Parlamento o direito de aprová-los, exigem para sua validade interna sua transformação em leis, etc. Os princípios constitucionais sobre o conteúdo das leis valem igualmente para os tratados internacionais, ou pelo menos poderão valer para eles, porque seria concebível que o direito positivo os excetuasse dessas disposições. Os tratados internacionais devem ser considerados como mantendo com a Constituição exatamente a mesma relação que as leis. Eles podem ser imediatamente inconstitucionais, seja formalmente, por causa da sua elaboração, seja materialmente, por causa do seu conteúdo. Pouco importa, de resto, que o tratado tenha um caráter geral ou individual.

No entanto, o lugar do tratado internacional no edifício da ordem jurídica não se deixa determinar de maneira perfeitamente unívoca. Só se pode interpretá-lo como norma imediatamente subordinada à Constituição e determinada por ela, supondo-se que a Constituição seja um grau supremo, isto é, do ponto de vista do primado do direito interno. Se nos elevarmos acima desse ponto de vista, se partirmos da idéia da superioridade do direito internacional ante as diferentes ordens estatais, isto é, do primado da ordem jurídica internacional, o tratado internacional aparecerá como pertencente a uma ordem jurídica superior aos Estados contratantes, criada de acordo com uma regra do direito das gentes por um órgão próprio da comunidade internacional formado por representantes desses Estados. Quanto à determinação dos membros desse órgão (chefes de Estado, ministros das Relações Exteriores, parlamentos, etc.), o direito internacional delega-a às diferentes ordens estatais ou à sua Constituição. Desse ponto de vista, o tratado

tem preponderância quanto à lei e mesmo quanto à Constituição, na medida em que pode derrogar uma lei ordinária ou constitucional, ao passo que o inverso é impossível. Segundo as regras do direito internacional, um tratado só pode perder sua força obrigatória em virtude de outro tratado ou de certos outros fatos determinados por ele, mas não por ato unilateral de uma das partes contratantes, notadamente não por uma lei. Se uma lei, mesmo uma lei constitucional, contradiz um tratado, ela é irregular, a saber, contrária ao direito internacional. Ela vai imediatamente contra o tratado, e mediamente contra o princípio *pacta sunt servanda*.

Outros atos estatais que não as leis podem, naturalmente, ser contrários ao direito internacional, se violarem, mediata ou imediatamente, seja o princípio do respeito das convenções, seja outras regras do direito internacional geral. Se supusermos, por exemplo, que existe uma regra de direito internacional segundo a qual os estrangeiros só poderiam ser expropriados mediante plena e cabal indenização, qualquer lei constitucional, qualquer lei ordinária, qualquer ato administrativo, qualquer sentença que determinasse a expropriação de um estrangeiro sem indenização, seriam contrários ao direito internacional. Deve-se notar, de resto, que o próprio direito internacional não pronuncia a nulidade dos atos estatais que lhe sejam contrários, e ainda não elaborou um procedimento pelo qual esses atos irregulares possam ser anulados por um tribunal internacional. Eles permanecem válidos, pois, se não forem anulados no curso de um procedimento estatal. Em última análise, o direito internacional não tem outra sanção além da guerra, que não faz desaparecer o ato contrário às suas regras. Isso não impede que o direito internacional, se supusermos sua primazia, pode constituir um padrão da regularidade de todas as normas estatais, inclusive a mais elevada delas, a Constituição.

III. As garantias da regularidade

8. Tendo esclarecido suficientemente a noção de Constituição, e com isso a natureza da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, podemos examinar agora a questão das garantias necessárias à proteção da Constituição.

Trata-se das garantias gerais que a técnica jurídica moderna desenvolveu quanto à regularidade dos atos estatais em geral. Elas são preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas.

A) As garantias preventivas tendem a evitar a produção de atos irregulares. As garantias repressivas reagem contra o ato irregular uma vez produzido, tendem a impedir sua renovação no futuro, a reparar o dano que ele causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular.

Esses dois elementos também podem, naturalmente, ser unidos numa só e mesma medida de garantia.

Entre as numerosas garantias puramente preventivas possíveis, encontra-se e deve ser aqui considerada antes de mais nada a organização em tribunal da autoridade que cria o direito, isto é, a independência do órgão – pela inamovibilidade, por exemplo –, consistindo essa independência em que ele não pode ser juridicamente obrigado, no exercício das suas funções, por nenhuma norma individual (ordem) de outro órgão, em particular de um órgão superior ou pertencente a outro grupo de autoridades, e por conseguinte em que só está preso às normas gerais, essencialmente às leis e aos regulamentos. O poder de controlar as leis e os regulamentos, concedido ao tribunal, é outra questão. A idéia, ainda muito difundida, de que somente a regularidade da jurisdição pode constituir tal garantia, repousa na hipótese equivocada de que entre jurisdição e administração existe, do ponto de vista jurídico, isto é, da teoria ou da técnica jurídicas, uma diferença de natureza. Ora, precisamente do ponto de vista da sua relação com as normas dos graus superiores – relação decisiva para o postula-

do da regularidade do exercício da função –, não se pode perceber tal diferença entre administração e jurisdição, nem mesmo entre execução e legislação. A distinção entre jurisdição e administração reside exclusivamente no modo de organização dos tribunais. A prova disso é a instituição da jurisdição administrativa, que consiste seja em que atos administrativos, isto é, atos normalmente produzidos por autoridades administrativas, são produzidos por tribunais, seja em que a regularidade dos atos produzidos pelas autoridades administrativas é controlada por um tribunal, e por conseguinte são anulados no caso de serem tidos por irregulares, e eventualmente até reformados, isto é, substituídos por um ato regular. A tradicional oposição entre jurisdição e administração, e o dualismo baseado nessa oposição, existente nos aparelhos estatais de execução, só podem ser explicados historicamente, e são fadados a desaparecer se não forem enganadores os sintomas que já indicam uma tendência à unificação desses aparelhos. Do mesmo modo, é só historicamente que podemos explicar por que a independência de um órgão em relação a outro é vista como uma garantia do exercício regular das suas funções.

A organização em tribunal do órgão de criação do direito é não apenas a garantia preventiva mais característica da regularidade dos atos a produzir, mas também a primeira do grupo de garantias que chamamos pessoais. As outras são a responsabilidade penal e disciplinar, assim como a responsabilidade civil do órgão que produziu um ato irregular.

B) As garantias objetivas, que têm ao mesmo tempo um caráter repressivo acentuado, são a nulidade ou a anulabilidade do ato irregular.

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte

que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade. Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de tratá-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre a sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico qualquer pode não ser considerado *a priori* nulo, mas somente anulável. Na ausência de tal limitação, qualquer ato jurídico viciado deveria ser considerado nulo, isto é, como não sendo um ato jurídico. De fato, os diversos direitos positivos contêm restrições acentuadas ao poder que, em princípio, cabe de direito a qualquer um de tratar os atos irregulares como nulos. Em geral, os atos dos particulares e os atos das autoridades são tratados de forma diferente quanto a esse aspecto. Em linhas gerais, constata-se uma tendência a tratar os atos das autoridades públicas, inclusive os atos irregulares, como válidos e obrigatórios enquanto outro ato de outra autoridade não os faz desaparecer. A questão da regularidade ou da irregularidade dos atos das autoridades não deve ser decidida pura e simplesmente pelo cidadão ou pelo órgão estatal a que estes se dirigem pedindo obediência, mas pela própria autoridade que produziu o ato cuja regularidade é contestada, ou por uma outra autoridade cuja decisão é provocada por meio de um procedimento determinado.

Esse princípio, aceito em mais ou menos larga medida pelos diferentes ordenamentos, e que podemos denominar princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas, comporta certos limites. O direito positivo nunca pode decidir que qualquer ato que se apresente como ato de uma

autoridade pública deva, sem distinção, ser considerado tal até ser anulado por um ato emanado de outra autoridade. Evidentemente, seria absurdo exigir tal procedimento para a anulação, por exemplo, de um ato emanado de um indivíduo que não tem, sob nenhum aspecto, a qualidade de autoridade pública. Mas, por outro lado, tampouco é possível considerar *a priori* como nulo qualquer ato produzido por uma autoridade incompetente ou constituída de forma irregular, ou ainda segundo um procedimento irregular. O problema da nulidade absoluta, difícil tanto teórica quanto tecnicamente, só diz respeito à questão das garantias da Constituição na medida em que é necessário afirmar que também deve ser contemplada a nulidade – que nunca pode ser totalmente excluída pelo direito positivo – dos atos imediatamente subordinados à Constituição, e que, por conseguinte, a nulidade desses atos também é, em certo sentido, uma garantia da Constituição.

Nem os cidadãos nem as autoridades públicas devem considerar como lei qualquer ato que assim se intitule. Sem dúvida nenhuma, pode haver atos que de lei só têm a aparência. Mas não se pode definir por meio de uma fórmula teórica geral o limite que separa o ato nulo *a priori*, que é uma pseudolei, de um ato legislativo viciado mas válido, de uma lei inconstitucional. Somente o direito positivo poderia assumir essa tarefa; mas ele geralmente não o faz, em todo caso não o faz conscientemente nem de maneira precisa. Na maioria das vezes, deixa a solução dessa questão aos cuidados da autoridade a quem cabe decidir, quando um indivíduo – cidadão ou órgão estatal – se recusa a obedecer ao ato em apreço, alegando que era uma pseudolei. Mas, com isso, o ato em apreço sai da esfera da nulidade absoluta para ingressar na da simples anulabilidade. Porque não podemos deixar de ver, na decisão da autoridade de que um ato a que se recusou obediência não era um ato jurídico, a anulação desse ato com certo efeito retroativo. O mesmo não se dá quando o direito positivo esta-

belece um mínimo de condições que devem ser reunidas para que o ato jurídico não seja nulo *a priori*. É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição determina que tudo o que for publicado como lei no *Diário Oficial* deve valer como lei, quaisquer que possam ser suas outras irregularidades, enquanto não for anulado por uma instância qualificada para tal. Porque, no fim das contas, é sempre uma autoridade pública que deve declarar de forma autêntica se as condições mínimas foram ou não respeitadas, senão qualquer um poderia se dispensar de obedecer às leis, alegando simplesmente que não são leis.

Do ponto de vista do direito positivo, a situação daquele a quem um ato é dirigido com a pretensão de ser obedecido é, sem exceção, a seguinte: se considerar o ato nulo, ele pode se recusar a obedecê-lo, mas sempre agindo por sua conta e risco, isto é, ele corre o risco de que, processado por desobediência, a autoridade diante da qual comparece não considere o ato nulo ou declare preenchidas as condições mínimas estabelecidas pelo direito positivo para sua validade, sob reserva da sua anulabilidade ulterior. No caso contrário, a decisão da autoridade significa a cassação do ato com efeito retroativo até o momento em que foi produzido. Essa interpretação se impõe porque a decisão é o resultado de um procedimento que tem por objeto a nulidade do ato – nulidade que, de início, é simplesmente afirmada pelo interessado –; porque, conseqüentemente, a nulidade não pode de forma alguma ser considerada como definida antes da conclusão do procedimento, que poderá conduzir a uma decisão que a nega; e porque a decisão deve ter necessariamente um caráter constitutivo, mesmo se em seu texto ela pronuncia que o ato era nulo. Do ponto de vista do direito positivo, isto é, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeito retroativo.

A anulabilidade do ato irregular significa a possibilidade de fazer que ele desapareça, juntamente com suas conseqüências jurídicas. A anulação comporta, na verdade, vários graus, seja quanto a seu alcance, seja quanto a seu efeito no tempo.

Do primeiro ponto de vista, ela pode – é uma primeira solução – limitar-se a um caso concreto. Se se tratar de um ato individual, isso é evidente. Mas é bem diferente quando se trata de uma norma geral. A anulação de uma norma geral fica confinada ao caso concreto quando as autoridades – tribunais ou autoridades administrativas – que deveriam aplicar a norma podem ou devem recusar sua aplicação no caso que lhes é levado a exame, por a considerarem irregular, e decidir em conseqüência como se ela não estivesse em vigor, mas quando, para o resto, essa norma permanece em vigor e deve ser aplicada em outros casos por outras autoridades, as quais ou não têm o poder de examinar sua regularidade e decidir a respeito desta, ou, se o têm, a consideram regular. A autoridade chamada a aplicar a norma geral, que tenha o poder de retirar sua validade no caso concreto se reconhecer sua irregularidade, tem na realidade o poder de anulá-la – porque fazer desaparecer a validade de uma norma e anulá-la são uma só e mesma coisa –, mas a anulação é simplesmente parcial, limitada ao caso em exame. É essa a situação dos tribunais – mas não das autoridades administrativas – no que concerne aos regulamentos, de acordo com boa parte das Constituições modernas. Mas, no que concerne às leis, em regra geral eles estão longe de possuir poderes de controle tão extensos. Na maior parte dos casos eles não podem examinar a regularidade, isto é, a constitucionalidade das leis sob todos os aspectos, mas apenas verificar a regularidade da publicação da lei; por conseguinte não podem declinar sua aplicação no caso concreto, salvo em razão de uma irregularidade cometida nessa publicação. Os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes. Disso resulta, antes de

mais nada, a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito daí resultante, que se faz sentir desagradavelmente quando um tribunal se abstém de aplicar um regulamento ou mesmo uma lei por considerá-los irregulares, quando outro tribunal faz o contrário e quando é vedado às autoridades administrativas recusar a aplicação da norma, se também forem chamadas a intervir. A centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos. Mas se se decide confiar esse controle a uma autoridade única, torna-se possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto e adotar o sistema da anulação total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância central suprema.

Quanto ao seu alcance no tempo, a anulação pode se limitar ao futuro ou, ao contrário, também se estender ao passado, isto é, ocorrer com ou sem efeito retroativo. Naturalmente, essa diferença só tem sentido para os atos que tenham conseqüências jurídicas duradouras; ela diz respeito portanto, antes de mais nada, à anulação das normas gerais. O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes de expirar certo prazo. Do mesmo modo que pode haver razões válidas para fazer a entrada em vigor de uma norma geral ser precedida por uma *vacatio legis*, também poderia haver motivos para que uma norma só deixasse de vigorar expirado certo prazo a partir da sentença de anulação. No entanto, certas circunstâncias podem tornar necessária uma anulação retroativa. Não se deve pensar apenas no caso extremo, precedentemente considerado, de uma retroatividade ilimitada, em que a anulação do ato equivale à sua nulidade, quando, de acordo com a apreciação soberana da autoridade competente para anulá-lo ou em

virtude da exigência pelo direito positivo de um mínimo de condições para sua validade, o ato irregular deve ser reconhecido como sendo pura e simplesmente um pseudo ato jurídico. Deve-se considerar antes de mais nada um efeito retroativo excepcional, limitado a certos casos específicos ou a uma certa categoria de casos.

Para organizar tecnicamente a anulação de um ato, é também de grande importância saber se poderá emanar apenas do próprio órgão que o produziu ou se será confiada a outro órgão. A adoção do primeiro dos dois procedimentos deve-se antes de tudo a condições de prestígio. Pretende-se evitar que a autoridade do órgão que editou a norma irregular e que é considerado como órgão supremo, ou que pelo menos age sob o controle e responsabilidade de um órgão supremo, seja enfraquecida – especialmente se se tratar de uma norma geral – com o fato de outro órgão ser autorizado a anular seus atos e se colocar, com isso, acima dele, quando ele deve ser considerado supremo. Não é apenas a “soberania” do órgão que produziu o ato irregular, mas também o dogma da separação dos poderes que é invocado aqui para evitar a anulação dos atos de uma autoridade por outra. É o que acontece, por exemplo, quando se trata dos atos das autoridades administrativas supremas e quando a instância eventualmente chamada a anulá-los deveria estar fora da organização administrativa e ter, tanto por sua função como por sua organização, o caráter de autoridade jurisdicional independente, isto é, de tribunal. Dado o caráter mais que problemático da distinção entre judiciário e administração, a invocação da separação dos poderes tem, nesse caso, tão pouco valor quanto a da “soberania” do órgão. Aliás, os dois argumentos têm um papel particular na questão das garantias da Constituição. A pretexto de que a soberania do órgão que produz um ato irregular ou de que a separação dos poderes devem ser respeitadas, deixa-se a anulação do ato irregular à discricção desse mesmo órgão, só

se concedendo aos interessados o direito de fazer um pedido de anulação desprovido de força vinculatória, simples “representação”. Ou então existe um procedimento regular que deve levar à ab-rogação do ato irregular por seu autor, mas o ato provocatório do procedimento obriga a autoridade apenas a iniciá-lo, mas não a terminá-lo de certo modo, isto é, pela anulação do ato impugnado. Essa anulação permanece pois no âmbito do poder discricionário, embora legalmente condicionado, do próprio órgão que produziu o ato irregular e que nenhum órgão superior controla. Seria necessário enfim considerar um terceiro sistema, que aliás constitui uma transição para o segundo tipo indicado: a questão da regularidade do ato é resolvida por outra autoridade, mas a anulação é reservada ao órgão que a produziu. Esse órgão, entretanto, pode ser juridicamente obrigado pela decisão do outro órgão de anular o ato reconhecido como irregular; a execução dessa obrigação pode até ser vinculada a um prazo. Mas nem mesmo essa variante proporciona uma garantia suficiente, inútil prová-lo em detalhe. Essa garantia só existe se a anulação do ato irregular for pronunciada imediatamente por um órgão completamente diferente e independente daquele que produziu o ato irregular. Atendo-nos à divisão tradicional das funções estatais em legislação, jurisdição e administração, assim como à divisão correspondente do aparelho estatal em três grupos de órgãos – um aparelho legislativo, um aparelho jurisdicional e um aparelho administrativo –, devemos distinguir entre o caso em que a anulação de um ato irregular permanece no interior do mesmo aparelho (por exemplo, no caso em que os atos administrativos ou as sentenças irregulares são anulados por um novo ato administrativo ou por uma nova sentença, isto é, por um ato que emana de uma autoridade pertencente ao mesmo grupo de órgãos, autoridade administrativa superior num caso, autoridade judiciária superior no outro) e o caso em que a autoridade que anula pertence a outro grupo de órgãos. O recurso hierár-

quico pertence ao primeiro tipo; a jurisdição administrativa é exemplo do segundo. É uma característica dos modernos sistemas jurídicos ser a regularidade dos atos jurisdicionais garantida quase sem exceção por meios do primeiro tipo. De fato, a independência dos tribunais é vista como uma garantia suficiente da regularidade de seus atos.

A anulação do ato irregular levanta o problema de sua substituição por um ato regular. A esse respeito é necessário distinguir duas possibilidades técnicas: a autoridade competente também pode ter o poder de substituir o ato anulado por um ato regular, isto é, não apenas anulá-lo como também reformá-lo; mas a elaboração do ato regular pode ser deixada ao encargo da autoridade cujo ato irregular foi anulado. Se ela estiver então vinculada à solução jurídica que o órgão de anulação formulou na sua decisão (por exemplo, na forma de motivos), sua independência sofre uma restrição, fato que, se se tratar da anulação de uma sentença, não deve ser menosprezado ao se apreciar a independência dos juizes como garantia específica da regularidade da execução.

IV. *As garantias da constitucionalidade*

Entre as medidas técnicas precedentemente indicadas, que têm por objeto garantir a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição. O que não quer dizer que não se possa considerar outros meios de assegurar a regularidade dos atos que lhe são subordinados.

Sem dúvida, a garantia preventiva, pessoal – a organização em tribunal do órgão que produz o ato –, fica excluída de antemão. A legislação, de que tratamos aqui em primeira linha, não pode ser confiada a um tribunal, não tanto por causa da diversidade das funções legislativa e jurisdicional, mas antes

porque a organização do órgão legislativo é essencialmente dominada por outros pontos de vista que não o da constitucionalidade de seu funcionamento. Aqui quem decide é a grande antítese entre democracia e autocracia.

Já as garantias repressivas – a responsabilidade constitucional e a responsabilidade civil dos órgãos que viessem a produzir atos irregulares – são perfeitamente possíveis, mas apenas no que concerne à legislação, e não, é claro, no que diz respeito ao Parlamento como tal ou a seus membros: um órgão colegiado não é, por diferentes motivos, sujeito apropriado de responsabilidade penal ou civil. No entanto, os indivíduos associados à legislação – chefe de Estado, ministros – podem ser responsabilizados pela inconstitucionalidade das leis, principalmente se a Constituição dispuser que assumam, pela promulgação ou pela sanção, a responsabilidade pela constitucionalidade do procedimento legislativo. De fato, a instituição da responsabilidade ministerial, característica das Constituições modernas, também serve para assegurar a constitucionalidade das leis, e é óbvio que essa responsabilidade pessoal do órgão pode ser empregada para garantir a legalidade dos regulamentos e também, em particular, a regularidade dos atos individuais imediatamente subordinados à Constituição.

Quanto a esse último ponto, também é possível pensar em especial na responsabilidade pecuniária pelos danos causados por atos irregulares. Todavia, como prova a história constitucional, a responsabilidade ministerial não é um meio muito eficaz, e mesmo as outras garantias pessoais são igualmente insuficientes pois não atingem a força obrigatória do ato irregular, em particular da lei inconstitucional. Dado esse estado de coisas, é difícil dizer até mesmo que a Constituição seja uma garantia: ela só o é verdadeiramente quando a anulação dos atos inconstitucionais é possível.

1. *A jurisdição constitucional*

9. Não há hipótese de garantia da regularidade em que possa ser maior a tentação de confiar a anulação dos atos irregulares ao próprio órgão que os produziu do que a da garantia da Constituição. E, em nenhum caso, esse procedimento seria, precisamente, mais contra-indicado. Com efeito, a única forma em que se poderia vislumbrar, em certa medida, uma garantia eficaz da constitucionalidade (declaração de irregularidade por um terceiro órgão e obrigação do órgão autor do ato irregular de anulá-lo) é impraticável nesse caso, porque o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de modo eficaz. E seria ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional*. O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais — isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Costumam-se fazer certas objeções a esse sistema. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso re-

* No Brasil, por força da disposição constitucional, muitas normas anuladas pelo Supremo Tribunal Federal tiveram sua execução suspensa mediante resolução do Senado (v. art. 52-X da Constituição de 1988). (N. do R. T.)

conhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. No entanto, mesmo se tal tendência for aprovada por motivos de oportunidade, não há argumento jurídico em que ela possa se embasar.

Não é muito diferente o que ocorre com a segunda objeção, decorrente do princípio da separação dos poderes. Claro, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no “poder legislativo”, como se costuma dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais¹. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral,

1. Não podemos menosprezar aqui o fato de que mesmo essa distinção não é uma distinção de princípio e de que o legislador, em particular — especialmente o Parlamento —, também pode estabelecer normas individuais.

porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo. Ora, nesse caso, não se costuma falar de violação do princípio da separação dos poderes, como, por exemplo, quando nas Constituições das monarquias constitucionais a legislação é confiada em princípio ao Parlamento em conjunto com o monarca, mas em certas hipóteses excepcionais o monarca, em conjunto com os ministros, tem o direito de editar decretos que derogam as leis. *Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de evidenciar o verdadeiro sentido desse princípio, função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão “divisão dos poderes” traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.*

A questão de saber se o órgão chamado a anular as leis inconstitucionais pode ser um tribunal é, por conseguinte, desprovida de importância.

Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. Caberia no máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas conseqüências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância. Mas na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos.

A esse respeito, não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis. A organização da jurisdição constitucional deverá se adaptar às particularidades de cada uma delas. Eis, contudo, algumas condições de alcance e valor gerais.

O número de seus membros não deverá ser elevado, pois é sobre questões de direito que ela é chamada a se pronunciar,

e ela deve cumprir uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição. Entre os modos de recrutamento particularmente típicos, não poderíamos preconizar sem reservas nem a simples eleição pelo Parlamento, nem a nomeação exclusiva pelo chefe de Estado ou pelo governo. Talvez fosse possível combinar ambas, por exemplo com o Parlamento elegendo juizes apresentados pelo governo, que deveria designar vários candidatos para cada uma das vagas a serem preenchidas, ou vice-versa. É da mais alta importância conceder, na composição da jurisdição constitucional, um lugar adequado aos juristas de carreira. Por exemplo, poder-se-ia conseguir isso atribuindo às Faculdades de Direito, ou a uma comissão comum de todas as Faculdades de Direito do país, um direito de apresentação para pelo menos uma parte das vagas, ou também atribuindo ao próprio tribunal o direito de fazer uma apresentação para cada vaga que surja ou de preenchê-las por eleição, isto é, por cooptação. De fato, o tribunal tem o maior interesse em fortalecer sua autoridade trazendo a si especialistas eminentes. Também é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento ou do governo, já que são precisamente os atos de ambos que ela deve controlar. É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e por conseguinte incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo fazendo que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela

colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos.

2. O objeto do controle de constitucionalidade

10. I. As leis cuja inconstitucionalidade é alegada constituem o objeto principal da jurisdição constitucional.

Por leis, cumpre entender os atos assim denominados dos órgãos legislativos, isto é, nas democracias modernas, dos parlamentos centrais ou, tratando-se de um Estado federativo, locais.

Devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de leis, mesmo se contêm tão-somente normas individuais, por exemplo o orçamento ou todos os outros atos que a doutrina tradicional, por uma razão qualquer, tende a ver, a despeito de sua forma de lei, como simples atos administrativos. O controle da regularidade de tais atos não pode ser confiado a nenhuma outra instância que não a jurisdição constitucional. Mas mesmo a constitucionalidade de outros atos do Parlamento, que segundo a Constituição têm caráter obrigatório sem revestir necessariamente a forma de leis, não sendo exigida sua publicação no *Diário Oficial*, como o regimento interno do Parlamento ou a votação do orçamento (supondo-se, naturalmente, que ambos não precisem existir na forma de leis) e outros atos semelhantes, deve ser verificada pela jurisdição constitucional.

Do mesmo modo, todos os atos que pretendam valer como leis, mas que não o sejam devido à falta de uma condição essencial qualquer (supondo-se, naturalmente, que eles não sejam viciados pela nulidade absoluta, caso em que não poderiam ser objeto de um procedimento de controle), assim como os atos que não pretendam ser leis, mas que segundo a Constituição deveriam ser, e que – por exemplo, para escapar do

controle de constitucionalidade – tenham sido inconstitucionalmente revestidos de outra forma, por terem sido votados pelo Parlamento como simples resoluções não publicadas, ou publicados como simples regulamentos. No caso, por exemplo, em que a jurisdição constitucional devesse controlar apenas a constitucionalidade das leis e em que o governo, não podendo obter a aprovação de uma lei, disciplinasse por meio de decreto uma matéria que, segundo a Constituição, só o pode ser por via legislativa, esse decreto que faria inconstitucionalmente as vezes de lei deveria poder ser impugnado na jurisdição constitucional.

Esses exemplos não são imaginários. Viu-se na Áustria o Parlamento de um estado-membro da Federação tentar regulamentar certa matéria por meio de uma simples resolução não publicada, por saber que uma lei seria anulada pela jurisdição constitucional. Se se quiser impedir que o controle jurisdicional seja contornado, tais atos deverão ser levados àquela jurisdição. E esse princípio deve-se aplicar, por analogia, a todos os outros objetos do controle de constitucionalidade.

11. II. A competência da jurisdição constitucional não deve se limitar ao controle da constitucionalidade das leis.

Ela deve-se estender primeiramente aos decretos com força de lei, atos imediatamente subordinados à Constituição cuja regularidade consiste exclusivamente – conforme já indicado – em sua constitucionalidade. É o caso, notadamente, dos decretos de necessidade. O controle da sua constitucionalidade é tanto mais importante porque qualquer violação à Constituição significa aqui um atentado ao limite, tão importante politicamente, que se estende entre a esfera do governo e a do Parlamento. Quanto mais estritas as condições em que a Constituição os autoriza, tanto maior o perigo de uma aplicação inconstitucional dessas disposições, e tanto mais necessário um controle jurisdicional de sua regularidade. De fato,

a experiência ensina que, onde a Constituição autoriza esses decretos de necessidade, sua constitucionalidade é sempre, com ou sem razão, apaixonadamente contestada. É muito importante que exista, para resolver esses litígios, uma instância suprema cuja objetividade seja incontestada, principalmente se, por exigência das circunstâncias, eles se produzem em domínios importantes.

Não apresenta dificuldade o controle da constitucionalidade, pela jurisdição constitucional, dos decretos que derogam as leis, pois na hierarquia dos fatos jurídicos tais decretos se encontram no mesmo nível das leis, e às vezes até são chamados de leis ou decretos com força de lei. Mas seria o caso de atribuir igualmente à jurisdição constitucional o controle da constitucionalidade dos simples decretos regulamentares. Sem dúvida esses decretos, conforme já dissemos, não são atos imediatamente subordinados à Constituição; sua irregularidade consiste imediatamente em sua ilegalidade, e apenas de forma mediata em sua inconstitucionalidade. Se, apesar disso, propomos estender a eles a competência da jurisdição constitucional, não é tanto em consideração à relatividade precedentemente assinalada da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta, quanto em consideração ao limite natural entre atos jurídicos gerais e atos jurídicos individuais.

O ponto essencial na determinação da competência da jurisdição constitucional é, de fato, delimitá-la de maneira adequada em relação à competência da jurisdição administrativa que existe na maioria dos Estados. De um ponto de vista puramente teórico, seria possível basear a separação dessas duas competências na noção de garantia da Constituição, atribuindo à jurisdição constitucional a decisão da regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição. Seriam então indubitavelmente de sua competência casos que, em muitos Estados, são hoje da competência dos

tribunais administrativos, por exemplo os litígios relativos à regularidade dos atos administrativos individuais imediatamente subordinados à Constituição. Por outro lado, ela não se estenderia ao controle de certos atos jurídicos que hoje não pertencem, em geral, à jurisdição administrativa. Ora, a jurisdição constitucional é certamente a instância mais qualificada para pronunciar a anulação dos decretos ilegais. E não apenas porque, com isso, ela não disputaria a competência atualmente reconhecida – em geral – aos tribunais administrativos, e limitada em princípio à anulação dos atos administrativos individuais, mas em particular porque há uma afinidade íntima entre o controle da constitucionalidade das leis e o controle da legalidade dos decretos, devido a seu caráter geral. Dois pontos de vista concorrem, por conseguinte, para a determinação da competência da jurisdição constitucional: de um lado, a noção pura de garantia da Constituição, que levaria a colocar na sua esfera o controle de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição, e somente eles; de outro, a oposição entre atos gerais e atos individuais, que levaria a incluir nela o controle das leis e também dos decretos. Deixando de lado todo e qualquer preconceito doutrinário, é preciso combinar esses dois princípios de acordo com as necessidades da Constituição considerada.

12. III. Se os decretos forem postos no domínio da jurisdição constitucional, podem surgir certas dificuldades no que concerne à sua delimitação exata, devido a que há certas categorias de normas gerais que não se deixam facilmente distinguir dos regulamentos, notadamente as que estão na esfera da autonomia municipal, mediante deliberação das câmaras e outras autoridades municipais, ou ainda as que estão contidas em atos jurídicos que só se tornam obrigatórios mediante a aprovação por uma autoridade pública (por exemplo: tarifas das companhias ferroviárias, estatutos das socie-

dades por ações, contratos coletivos de trabalho, etc.). Entre as regras gerais de direito que emanam exclusivamente de uma autoridade administrativa, isto é, o regulamento *stricto sensu*, e os atos jurídicos gerais de direito privado, é de fato possível um grande número de graus intermediários. Toda demarcação entre eles sempre será, portanto, mais ou menos arbitrária. Com essa reserva, podemos recomendar submeter ao controle da jurisdição constitucional apenas as normas gerais que emanam exclusivamente de autoridades públicas, sejam elas autoridades centrais ou locais, autoridades estatais no sentido estrito da palavra, autoridades regionais ou até municipais. O município também é membro do Estado, e seus órgãos são órgãos estatais descentralizados.

13. IV. Como indicamos anteriormente, do ponto de vista do primado da ordem estatal os tratados internacionais também devem ser considerados como atos imediatamente subordinados à Constituição. Normalmente eles têm o caráter de regras gerais. Se se achar necessário instituir um controle de sua regularidade, pode-se pensar seriamente em confiá-lo à jurisdição constitucional. Nada se opõe, juridicamente, a que a Constituição de um Estado lhe atribua essa competência, com o poder de anular os tratados que reconhecer como inconstitucionais. A favor dessa extensão da jurisdição constitucional poderiam ser invocados argumentos de peso. Sendo uma fonte de direito equivalente à lei, o tratado internacional pode derogar as leis; portanto é do maior interesse político que ele seja conforme à Constituição e respeite em particular as regras desta que determinam o conteúdo das leis e dos tratados. Nenhuma regra de direito internacional se opõe a esse controle dos tratados. Se, como devemos admitir, o direito internacional autoriza os Estados a determinar em suas Constituições os órgãos que podem firmar validamente tratados, isto é, firmá-los de forma que obriguem as partes contratantes, não pode ser contrário ao

direito internacional criar uma instituição que garanta a aplicação dessas normas. Não poderíamos invocar aqui a regra segundo a qual os tratados não podem ser ab-rogados unilateralmente por um dos Estados contratantes, porque ela supõe, é evidente, que o tratado tenha sido firmado de forma válida. O Estado que deseje firmar um tratado com outro Estado deve informar-se sobre a Constituição deste: assim como é sua a culpa se tratar com um órgão incompetente do outro Estado, também é toda sua se o tratado estiver em contradição com outro ponto qualquer da Constituição de seu co-contratante e for, por conseguinte, nulo ou anulável. Mesmo se admitíssemos que o direito internacional determina imediatamente que o órgão estatal competente para firmar tratados é o chefe de Estado, e além disso, que existe uma regra de direito internacional segundo a qual os Estados não são obrigados a aceitar um controle da regularidade dos tratados que firmam com Estados estrangeiros e sua anulação total ou parcial por uma autoridade desses Estados, nem por isso seriam menos válidas as disposições em contrário da Constituição; a anulação do tratado constituiria simplesmente, do ponto de vista do direito internacional, uma violação que a guerra poderia sancionar. Bem diferente é a questão – política, e não jurídica – de saber se o interesse dos Estados em firmar tratados permite expô-los aos riscos de uma anulação pela jurisdição constitucional. Se fizermos o balanço dos interesses de política interna que falam a favor da extensão da jurisdição constitucional aos tratados internacionais e dos interesses de política externa que falam no sentido contrário, é bem possível que estes últimos mereçam prevalecer. Do ponto de vista dos interesses da comunidade internacional, seria incontestavelmente desejável atribuir o controle da regularidade dos tratados internacionais, ao mesmo tempo que o conhecimento dos litígios que sua execução pode causar, a uma instância internacional, e excluir toda jurisdição estatal

como sendo unilateral. Mas essa é uma questão estranha ao objeto desta exposição, e é uma solução que o desenvolvimento técnico do direito internacional no momento atual talvez não nos permita considerar possível.

14. V. Em que medida, enfim, devem-se incluir na jurisdição constitucional atos jurídicos individuais? A questão não se aplica aos atos dos tribunais. No simples fato de um ato jurídico ser produzido por um tribunal, vê-se uma garantia suficiente de sua regularidade. Que essa regularidade consiste imediatamente ou mediatamente numa constitucionalidade, não é, de modo geral, motivo suficiente para retirar esses atos das jurisdições de direito comum e atribuir seu conhecimento a um tribunal constitucional especial. Mas os atos individuais produzidos pelas autoridades administrativas, mesmo se imediatamente subordinados à Constituição, tampouco devem ser submetidos ao controle do tribunal constitucional, mas sim, pelo menos em princípio, ao dos tribunais administrativos. Isso antes de mais nada no interesse de uma delimitação clara de sua respectiva competência, a fim de evitar conflitos de atribuição e duplas competências que podem facilmente se apresentar, devido ao caráter sobremaneira relativo da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta. Restariam pois para a jurisdição constitucional unicamente os atos jurídicos individuais que são obra do Parlamento, quer revistam a forma de uma lei, quer a de um tratado internacional; mas é como leis ou regulamentos que entram em sua competência. No entanto seria possível estendê-la a esses atos, mesmo se não revestidos da forma de leis ou de tratados, e mesmo se não imediatamente subordinados à Constituição, contanto que tenham caráter obrigatório, porque sem isso inexistiria qualquer possibilidade de controlar sua regularidade. De resto, só poderia se tratar de um número limitadíssimo de atos. Naturalmente, também seria possível dar à jurisdição constitucional, por

razões de prestígio ou outras, o controle de certos atos individuais do chefe de Estado ou do chefe do governo, supondo-se que se deseje, de modo geral, submetê-los a um controle jurídico. Assinalemos enfim que pode ser oportuno, eventualmente, fazer do tribunal constitucional uma Suprema Corte de Justiça, encarregada de julgar os ministros acusados, um tribunal central de conflitos, ou atribuir-lhe outras competências mais, para evitar a instituição de jurisdições especiais. De fato, é preferível, de modo geral, reduzir o mais possível o número das autoridades supremas encarregadas de fazer o direito.

15. VI. Parece ponto pacífico que o tribunal constitucional só pode julgar normas ainda em vigor no momento em que toma uma decisão. Por que anular uma norma que já deixou de vigorar? No entanto, examinando melhor a questão, percebemos que pode haver motivos para aplicar o controle de constitucionalidade a normas já ab-rogadas. De fato, se uma norma geral – somente as normas gerais são consideradas aqui – ab-roga outra norma geral sem nenhuma retroatividade, as autoridades deverão continuar a aplicar a norma ab-rogada a todos os fatos que se produziram quando ela ainda estava em vigor. Se se quiser afastar essa aplicação em razão da inconstitucionalidade da norma ab-rogada – supondo-se que não foi o tribunal constitucional que a anulou –, é preciso que essa inconstitucionalidade seja estabelecida de maneira autêntica e que, assim, seja retirado da norma o derradeiro resto de vigor que ela conserva. Mas isso supõe uma decisão do tribunal constitucional.

A anulação de uma norma inconstitucional pela jurisdição constitucional – ainda se trata aqui principalmente das normas gerais – a rigor só é necessária quando ela é mais recente do que a Constituição. Porque, tratando-se de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a derroga, em virtude do princípio da *lex posterior*; portanto pare-

ce supérfluo e até logicamente impossível anulá-la. Isso significa que tribunais e autoridades administrativas, salvo limitação desse poder pelo direito positivo, deverão verificar a existência de uma contradição entre a Constituição mais recente e a lei mais antiga, e decidir de acordo com os resultados de seu exame. A situação de uns e outras, em particular a das autoridades administrativas, difere inteiramente, nesse ponto, da que habitualmente têm com respeito às leis. E isso tem uma importância bem particular num período de reformas constitucionais, sobretudo se essas reformas são tão fundamentais quanto as que ocorreram em vários Estados após a Grande Guerra. A maioria das Constituições dos novos Estados acolheram, por exemplo, o antigo direito material – direito civil, direito penal, direito administrativo – que vigorava precedentemente em seu território, mas apenas na medida em que fosse com elas compatível. Ora, como as leis em questão eram não raro muito antigas e haviam sido feitas sob o império de Constituições bem diferentes, podiam apresentar-se com freqüência contradições entre elas e as disposições da Constituição – relativas, naturalmente, não ao modo de elaboração das leis, mas em larga medida a seu conteúdo. Se ela dispõe, por exemplo, que o sexo não pode ser base de nenhum privilégio, sem que se possa interpretar essa disposição como válida apenas para as leis futuras, mas não para as leis anteriores ou para as leis acolhidas pela Constituição, e se se deve admitir que ela derroga imediatamente as leis anteriores, sem que sejam necessárias leis especiais de revisão, a questão da compatibilidade dessas velhas leis com a Constituição pode ser de solução juridicamente muito difícil e politicamente muito importante. Pode parecer ruim confiar a decisão às múltiplas autoridades encarregadas da aplicação das leis, cujas idéias sobre esse ponto talvez sejam demasiado vacilantes. Portanto cabe perguntar se não seria o caso de lhes retirar também o exame da compatibilidade das leis antigas com a Constituição que não as

ab-rogou expressamente e confiá-lo ao tribunal constitucional central, o que equivaleria a retirar da nova Constituição a força derogatória no que concerne às leis antigas que ela não anulou expressamente e substituí-la pelo poder de anulação do tribunal constitucional.

3. O critério do controle de constitucionalidade

Qual será o critério que a jurisdição constitucional aplicará no exercício de seu controle? Que normas deverá assentar como base de suas decisões? A resposta a essa questão já decorre, em boa parte, do objeto do controle.

É óbvio que, no caso dos atos imediatamente subordinados à Constituição, é sua constitucionalidade, e no dos atos que só mediadamente são subordinados é sua legalidade que deve ser controlada; ou, mais geralmente, para todo ato, é sua conformidade às normas do grau superior que deve ser verificada. É igualmente evidente que o controle deve ser exercido tanto sobre o procedimento segundo o qual o ato foi elaborado como sobre seu conteúdo, se as normas do grau superior também contiverem disposições sobre esse ponto.

Dois aspectos devem entretanto ser examinados mais detalhadamente.

16. Em primeiro lugar, podem as normas do direito internacional ser utilizadas como critério de controle? De fato, é possível que um dos atos cuja regularidade é submetida ao controle esteja em contradição, não com uma lei ou com a Constituição, mas com um tratado internacional ou com uma regra do direito internacional geral. Uma lei ordinária que contradiga um tratado internacional anterior também é irregular em relação à Constituição, porque, autorizando certos órgãos a firmar tratados internacionais, esta faz deles um

modo de formação da vontade estatal; ela exclui portanto, em conformidade com a noção de tratado que adotou, sua ab-rogação ou sua modificação por lei ordinária. Uma lei contrária a um tratado é, por conseguinte – pelo menos indiretamente –, inconstitucional. Mas para poder afirmar que mesmo uma lei constitucional que viole um tratado é irregular, é necessário colocar-se de um ponto de vista superior ao da Constituição, do ponto de vista do primado da ordem jurídica internacional, porque somente aí o tratado internacional aparece como ordem parcial superior aos Estados contratantes, e entrevê-se a possibilidade de que atos estatais, em particular as leis, regulamentos, etc., submetidos ao controle da jurisdição constitucional, podem violar não apenas as regras particulares de um tratado internacional, e por conseguinte, indiretamente, o princípio do respeito aos tratados, mas também outros princípios do direito internacional geral.

Deve-se permitir que o tribunal constitucional também anule os atos estatais submetidos a seu controle por contrariarem o direito internacional?

Contra a anulação das leis ordinárias contrárias aos tratados – ou dos atos equivalentes ou subordinados a essas leis – não se pode levantar nenhuma objeção séria. De fato, essa competência se moveria absolutamente no terreno da Constituição, que é – não se deve esquecer – o terreno da justiça constitucional. O mesmo vale para a anulação das leis e dos atos equivalentes ou inferiores à lei por violação de uma regra do direito internacional geral, supondo-se que a Constituição reconheça expressamente essas regras gerais, isto é, as integre na ordem estatal sob a denominação de regras “geralmente reconhecidas” do direito internacional, como fizeram certas Constituições recentes. Com efeito, nesse caso a vontade da Constituição é que tais normas sejam respeitadas também pelo legislador; portanto é preciso assimilar completamente, às leis inconstitucionais, as leis contrárias ao

direito internacional. A solução é a mesma, tenham essas normas sido acolhidas pela Constituição no nível de leis constitucionais ou não. Porque, em ambos os casos, sua acolhida significa que elas não podem ser afastadas por uma lei ordinária. Essa acolhida solene deve exprimir a vontade de garantir o respeito ao direito internacional, e é à solução precisamente contrária que chegaríamos se, apesar dela, qualquer lei ordinária pudesse violar o direito internacional sem que se visse nisso, do ponto de vista da Constituição que a contém, uma irregularidade.

Mas é bem diferente o que sucede quando, de um lado, a Constituição não contém esse reconhecimento do direito internacional geral, e, de outro, mesmo se o contém, quando se trata de leis constitucionais contrárias ao direito internacional geral ou mesmo convencional. Porque, para a jurisdição constitucional, órgão estatal, a validade das normas internacionais que deve aplicar para o controle dos atos estatais só pode derivar da Constituição que as abriga, isto é, as põe em vigor para o domínio interno do Estado, da Constituição que criou o tribunal constitucional e que poderia, a qualquer instante, suprimi-lo. Por mais desejável que fosse ver todas as Constituições acolherem, seguindo o exemplo das Constituições alemã e austríaca, as regras do direito internacional geral de maneira a permitir sua aplicação por um tribunal constitucional estatal, há que convir porém que, na falta desse reconhecimento, nada autorizaria juridicamente o tribunal constitucional a declarar uma lei como contrária ao direito internacional; assim como há que convir, tendo havido esse reconhecimento, que a competência do tribunal se detém diante da reforma da Constituição. Claro, é possível que, de fato, uma jurisdição constitucional aplique as regras do direito internacional mesmo nessas duas hipóteses. No entanto, ao fazê-lo, ela não encontraria mais sua justificação jurídica no âmbito da ordem estatal. Uma lei constitucional não pode atribuir

essa competência a um tribunal constitucional; um tribunal constitucional que anulasse uma lei constitucional ou mesmo, apesar do não-acolhimento das regras do direito internacional, uma lei ordinária por violação dessas regras, não poderia mais ser considerado órgão do Estado cuja Constituição o criou, mas apenas como órgão de uma comunidade jurídica superior a esse Estado. E, ainda assim, somente por suas intenções, porque a Constituição da comunidade jurídica internacional não contém qualquer norma que dê a um órgão estatal qualidade para aplicar as regras do direito internacional geral.

17. Se a aplicação das normas do direito internacional pelo tribunal constitucional é submetida às limitações que acabamos de indicar, a aplicação de outras normas que não as normas jurídicas, de normas "suprapositivas" quaisquer, deve ser considerada radicalmente excluída. Às vezes vemos afirmado que há, acima da Constituição de qualquer Estado, certas regras naturais de direito que as autoridades estatais encarregadas da aplicação do direito também deveriam respeitar. Se se trata de princípios incorporados à Constituição ou a um outro grau qualquer da ordem jurídica, que são deduzidos do conteúdo do direito positivo por abstração, é coisa bastante inofensiva formulá-los como regras de direito independentes. Eles são aplicados então com as normas jurídicas às quais estão incorporados, e tão-somente com elas. Mas, se se trata de princípios que não foram traduzidos em normas de direito positivo, mas que deveriam sê-lo só porque seriam equitativos – muito embora os protagonistas desses princípios já os considerem, de modo mais ou menos claro, como direito –, estamos então simplesmente diante de postulados que não são juridicamente obrigatórios, que na realidade exprimem apenas os interesses de certos grupos e que são formulados visando os órgãos encarregados da cria-

ção do direito, e não apenas o legislador, cujo poder de realizá-los é quase ilimitado, mas também os órgãos subordinados que não têm esse poder, a não ser numa medida tanto mais reduzida quanto sua função mais comportar uma maior parte de aplicação do direito, os quais, no entanto, o têm na mesma medida em que conservam um poder discricionário, isto é, na jurisdição e na administração, quando têm de escolher entre várias interpretações igualmente possíveis.

É precisamente nesse fato de que a consideração ou a realização desses princípios – a que não se pode até hoje, a despeito de todos os esforços envidados nesse sentido, dar uma determinação um tanto unívoca que seja – não têm nem podem ter, no processo de criação do direito, pelos motivos precedentemente indicados, o caráter de uma aplicação do direito no sentido técnico, que encontramos a resposta à questão de saber se eles podem ser aplicados por uma jurisdição constitucional. E é só aparentemente que não é assim, quando, como às vezes acontece, a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso. Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente, com que toda ordem jurídica se esforça por se paramentar, a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador como os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. Porque as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista dos interessados, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis. Em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa e não po-

de significar que a oposição entre o direito positivo e a concepção pessoal que eles possam ter da liberdade, da igualdade, etc. possa dispensar os órgãos de criação do direito de aplicá-lo. As fórmulas em questão não têm portanto, de modo geral, grande significado. Elas não acrescentam nada ao estado real do direito.

Mas, precisamente no domínio da jurisdição constitucional, elas podem desempenhar um papel extremamente perigoso. As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder – que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político

– do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível.

4. O resultado do controle de constitucionalidade

18. a) Resulta de nossas explicações precedentes que, se quisermos que a Constituição seja garantida com eficácia, é necessário que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, se considerado irregular. Essa decisão, mesmo se se referir a normas gerais – e é precisamente esse o caso principal –, deve ter força anulatória.

b) Dada a extrema importância da anulação de uma norma geral, e em particular de uma lei, é lícito indagar se não seria o caso de autorizar o tribunal constitucional a só anular um ato por vício de forma, isto é, por irregularidade no procedimento, se esse vício for particularmente importante, essencial, deixando-se a apreciação desse caráter à inteira liberdade do tribunal, porque não é bom que a Constituição proceda de uma forma geral à difícilíssima distinção entre vícios essenciais e não essenciais.

c) Seria necessário examinar também se não seria bom, no interesse da segurança jurídica, encerrar a anulação, em particular das normas gerais e principalmente das leis e dos tratados internacionais, num prazo fixado pela Constituição, por exemplo, três a cinco anos a partir da entrada em vigor da norma a anular. Porque é extremamente lamentável ter de anular por inconstitucionalidade uma lei, e ainda mais um tratado, depois de terem vigorado por longos anos.

d) Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão. Mas esse mesmo interesse não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento em que a anulação se produz, ainda não foram objeto de nenhuma decisão de uma autoridade pública e que, se fosse excluído qualquer efeito retroativo da sentença de anulação, deveriam sempre ser julgados de acordo com esta – pois a norma geral só é anulada *pro futuro*, isto é, para os fatos posteriores à anulação. A seqüência mostrará que essa retroatividade limitada é mesmo necessária em certa organização do procedimento do controle de constitucionalidade.

Se uma norma geral é anulada sem efeito retroativo, ou pelo menos com o efeito retroativo limitado que acabamos de indicar; se, por conseguinte, subsistem as conseqüências jurídicas que ela produziu antes da sua anulação, ou em todo caso as que se exprimiram em sua aplicação pelas autoridades, isso em nada diz respeito aos efeitos que sua entrada em vigor teve sobre as normas que regulavam até então o mesmo objeto, isto é, a ab-rogação das normas contrárias conforme o princípio *lex posterior derogat priori*. Isso significa que a anulação de uma lei, por exemplo pelo tribunal constitucional, não acarreta de forma alguma o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor, que ela não faz reviver a lei relativa ao mesmo objeto que havia sido ab-rogada. Resulta da anulação, por assim dizer, um vazio jurídico. A matéria que era até então regulada deixa de sê-lo; obrigações jurídicas desaparecem; segue-se a liberdade jurídica.

Poderão resultar daí conseqüências desagradabilíssimas. Sobretudo se a lei não foi anulada por causa do seu conteúdo,

mas apenas por causa de um vício de forma qualquer que se produziu quando da sua elaboração, em particular quando a elaboração de uma lei para regular o mesmo objeto requer um prazo muito longo. Para remediar esse inconveniente, é bom prever a possibilidade de diferir a entrada em vigor da sentença de anulação até a expiração de certo prazo a contar da sua publicação.

Pode-se cogitar ainda de outro meio, que consistiria em autorizar o tribunal constitucional a pronunciar, na decisão que anula uma norma geral, que a entrada em vigor da anulação voltará a fazer vigorar precisamente as normas gerais que regiam a matéria antes da intervenção da norma anulada. Seria bom, nesse caso, deixar ao próprio tribunal o cuidado de decidir em que caso quer fazer uso desse poder de restabelecer o antigo estado de direito. Seria lamentável que a Constituição fizesse da reaparição desse estado uma regra geral imperativa, para todos os casos de anulação das normas gerais.

Seria preciso talvez abrir uma exceção para a anulação de uma lei que consistisse unicamente na ab-rogação de uma lei até então em vigor; seu único efeito possível seria o desaparecimento da única consequência jurídica que a lei teve – a ab-rogação da lei antiga –, a saber, sua entrada em vigor.

Uma disposição geral como a que acabamos de cogitar não poderia ser considerada, a não ser supondo-se que a Constituição contemple a anulação das normas gerais num certo prazo a partir da entrada em vigor destas, de forma a impedir o retorno em vigor de normas jurídicas demasiado antigas e incompatíveis com as novas condições.

O poder que seria conferido desse modo ao tribunal constitucional, de fazer as normas entrarem positivamente em vigor, acentuaria sobremodo o caráter legislativo da sua função, ainda que só se referisse a normas que já haviam sido postas em vigor pelo legislador regular.

e) O dispositivo da decisão do tribunal constitucional será diferente conforme diga respeito a um ato jurídico (especialmente uma norma geral) ainda em vigor no momento em que é pronunciada – e é esse o caso normal –, ou se tal norma já tiver sido ab-rogada nesse momento, mas ainda deva ser aplicada a fatos anteriores. No segundo caso, à decisão do tribunal constitucional cabe apenas, como já indicamos, anular um resto de validade, o que nem por isso deixa de ser um julgamento constitutivo e de anulação. A fórmula da decisão poderia ser então, em vez de “considere-se anulada a lei”, “a lei era inconstitucional”. Isso teria por consequência excluir a aplicação da lei declarada inconstitucional também aos fatos anteriores à decisão.

O dispositivo será idêntico, tanto faz se a norma geral examinada pelo tribunal constitucional é posterior ou anterior à Constituição com a qual está em contradição. Em ambos os casos, a decisão pronunciará a anulação da norma inconstitucional.

f) Cumpre notar enfim que a anulação não deve se aplicar necessariamente à lei inteira ou ao regulamento inteiro, mas também pode se limitar a algumas das suas disposições, supondo-se naturalmente que as outras permanecerão apesar de tudo aplicáveis ou ainda não tenham seu sentido modificado de modo inesperado. Caberá ao tribunal constitucional apreciar livremente se quer anular a lei ou o regulamento inteiros, ou simplesmente algumas das suas disposições.

5. O processo do controle de constitucionalidade

19. Quais devem ser os princípios essenciais do processo de controle de constitucionalidade?

a) A questão do modo de introdução do processo diante do tribunal constitucional tem uma importância primordial:

é de sua solução que depende principalmente em que medida o tribunal constitucional poderá cumprir sua missão de garante da Constituição.

A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto, não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento das funções.

Entre várias outras soluções possíveis, podemos indicar as que seguem.

Poder-se-ia autorizar e obrigar todas as autoridades públicas que, devendo aplicar uma norma no caso concreto, tivessem dúvidas quanto à sua regularidade, a interromper o respectivo processo e apresentar ao tribunal constitucional um pedido motivado de exame e de eventual anulação da norma. Poder-se-ia também só conceder tal poder a certas autoridades superiores ou supremas – ministros e tribunais superiores –, ou ainda restringi-lo aos tribunais, se bem que a exclusão da administração não seja perfeitamente justificável, dada a aproximação crescente entre seu procedimento e o da justiça. Se o tribunal constitucional anulasse a norma contestada – e nesse caso somente –, a autoridade requerente não deveria mais aplicá-la ao caso concreto que provocou seu pedido, mas decidir como se a norma, que de modo geral só é anulada *pro futuro* – não vigorasse mais quando o caso se produziu. Esse efeito retroativo da anulação é uma necessidade técnica porque, sem ele, as autoridades encarregadas da aplicação do direito não teriam interesse imediato, e por conseguinte suficientemente poderoso para provo-

car a intervenção do tribunal constitucional. Se essa intervenção se produz exclusiva ou até principalmente a pedido dessas autoridades judiciárias e administrativas, é preciso encorajá-las a apresentar tais pedidos, atribuindo nesse caso à anulação um efeito retroativo limitado.

Seria muito oportuno aproximar um pouco o pedido ao tribunal constitucional de uma *actio popularis*, possibilitando que as partes de um processo judiciário ou administrativo o promovam contra os atos das autoridades públicas – sentenças ou atos administrativos – por terem sido produzidos em execução de uma norma irregular, de uma lei inconstitucional ou de um regulamento ilegal, apesar de serem sem dúvida imediatamente regulares. Tratar-se-ia então, não de uma pretensão diretamente aberta aos cidadãos, mas de um meio de fato, indireto, de provocar a intervenção do tribunal constitucional, pois suporia que a autoridade judiciária ou administrativa chamada a tomar uma decisão compartilhasse o ponto de vista da parte e apresentasse, em consequência disso, o pedido de anulação.

Nos Estados federativos, o direito de apresentar o pedido deve ser concedido aos governos dos estados federados contra os atos jurídicos emanados da União, e ao governo federal contra os atos dos estados federados. De fato, em tais Estados, o controle de constitucionalidade tem por principal objeto a aplicação das disposições de fundo características das Constituições federais, que delimitam a competência respectiva da União e dos estados federados.

Uma instituição totalmente nova, mas que mereceria a mais séria consideração, seria a de um defensor da Constituição junto ao tribunal constitucional, o qual, como o ministério público no processo penal, introduziria *ex officio* o processo do controle de constitucionalidade dos atos que estimasse irregulares. É claro que o titular de tal função deveria ser revestido de todas as garantias imagináveis de independência, tanto em relação ao governo como em relação ao Parlamento.

No que concerne em especial ao controle de constitucionalidade das leis, seria extremamente importante conceder também legitimação a uma minoria qualificada do Parlamento. E isso tanto mais que a jurisdição constitucional, como mostraremos mais adiante, deve necessariamente servir, nas democracias parlamentares, à proteção das minorias.

Pode acontecer, enfim, que o tribunal constitucional introduza *ex officio* o processo de controle com relação a uma norma geral sobre cuja regularidade parem dúvidas. Isso pode acontecer não apenas quando, por exemplo, chamado a examinar a legalidade de um regulamento, ele se vê diante da inconstitucionalidade da lei com a qual esse regulamento estaria em contradição, mas também, em particular, quando é chamado a decidir sobre a regularidade de certos atos jurídicos individuais dos quais apenas a legalidade é imediatamente questionada, enquanto a constitucionalidade só o é mediadamente. O tribunal suspenderá então, assim como as autoridades qualificadas para recorrer a ele, o processo relativo ao caso concreto e procederá, desta vez *ex officio*, ao exame da norma que deveria aplicar nesse caso. Se anulá-la, deverá, como as autoridades requerentes num caso análogo, decidir a controvérsia pendente como se a norma anulada não fosse aplicável a tal caso.

No caso em que é chamado a decidir também sobre a regularidade de atos individuais, e em particular sobre os atos das autoridades administrativas, o tribunal constitucional deve naturalmente poder ser provocado pelas pessoas cujos interesses juridicamente protegidos foram lesados pelo ato irregular. Se, também nesse caso, estas tiverem a possibilidade de levar o ato jurídico individual ao tribunal constitucional por irregularidade da norma geral, para cuja execução regular ele foi produzido, os cidadãos terão, em medida muito mais vasta do que no caso de recurso por ocasião de um processo judiciário ou administrativo, a possibilidade de levar indiretamente normas gerais ao próprio tribunal constitucional.

20. b) Para o processo diante do tribunal constitucional, cumpre recomendar de maneira geral o princípio da publicidade e do caráter oral, embora se trate principalmente de questões de puro direito e a ênfase recaia evidentemente nas explicações de direito das peças escritas que as partes venham a apresentar – ou, mesmo, devam apresentar – ao tribunal. Os casos de que o tribunal constitucional trata são de um interesse geral tão considerável que não se poderia excluir em princípio a publicidade do procedimento, que somente uma audiência pública garante. Poderíamos até perguntar se o julgamento pelo colégio de juízes também não deveria ocorrer em audiência pública.

Deveriam ser associados ao procedimento de controle: a autoridade cujo ato é contestado, para permitir que defenda sua regularidade; a instância de que emana o pedido; eventualmente também o particular interessado no litígio diante do tribunal ou da autoridade administrativa que deu ensejo ao processo de controle, ou o particular que tinha o direito de levar imediatamente o ato ao tribunal constitucional. A autoridade seria representada pelo chefe hierárquico, pelo presidente ou por um dos funcionários, se possível versado em direito. Quanto aos indivíduos, seria bom tornar obrigatória a constituição de advogado, devido ao caráter eminentemente jurídico do litígio.

21. c) A decisão do tribunal constitucional, quando o pedido é acolhido, deve pronunciar a anulação do ato contestado de maneira que apareça como consequência da própria decisão.

Para a anulação das normas que só entram em vigor por sua publicação, o ato de anulação, no caso a decisão do tribunal constitucional, também deveria ser publicada, e da mesma maneira que a norma anulada o foi. Embora não se deva afastar *a priori* a idéia de dotar o tribunal constitucional de

um órgão próprio, um *Diário Oficial* seu, para a publicação independente de suas decisões de anulação, seria interessante publicar em todo caso a anulação das leis e dos regulamentos no próprio órgão em que foram publicados, e confiá-la à mesma autoridade. A decisão do tribunal constitucional deveria portanto determinar igualmente essa obrigação de publicação, precisando que autoridade deve providenciá-la.

A anulação só entraria em vigor com essa publicação. Como dissemos, o tribunal constitucional deveria poder decidir que a anulação, em especial das leis e dos tratados internacionais, só entraria em vigor após a expiração de certo prazo a partir da publicação, quando mais não fosse para dar ao Parlamento a possibilidade de substituir a lei inconstitucional por uma lei conforme à Constituição, sem que a matéria regulada pela lei anulada ficasse sem disciplina durante um tempo relativamente longo.

Se a lei foi contestada por um tribunal ou por uma autoridade administrativa por ocasião da sua aplicação a um caso concreto, a questão do efeito retroativo poderá acarretar alguma dificuldade. Se a lei anulada só deixar de vigorar certo tempo depois da publicação da anulação; se, por conseguinte, as autoridades tiverem de continuar a aplicá-la, não se poderá dispensar a autoridade requerente de aplicá-la ao caso concreto que provocou o pedido, o que diminuirá seu interesse a levar as leis inconstitucionais ao tribunal constitucional. É um argumento suplementar a favor da concessão ao tribunal constitucional do poder de restabelecer, anulando imediatamente a lei, o estado de direito anterior à sua entrada em vigor. De fato, essa modalidade permite deixar que o efeito retroativo desejável da sentença de anulação se produza sobre o caso que provocou o pedido, dando ao mesmo tempo ao órgão legislativo o prazo necessário para elaborar uma nova lei, que corresponda às exigências da Constituição.

V. O significado jurídico e político da jurisdição constitucional

22. Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda lei, todo regulamento, e mesmo todo ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem uma força jurídica superior à de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior. Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória? Claro, mesmo uma Constituição que não preveja tribunal constitucional ou instituição análoga para a anulação dos atos inconstitucionais, não é totalmente privada de sentido jurídico. Sua violação pode receber certa sanção, pelo menos quando estabelece a responsabilidade ministerial, sanção dirigida contra certos órgãos associados à elaboração dos atos inconstitucionais, supondo-se que sejam culpados. Mas, à parte o fato de que tal garantia, conforme já observamos, não é em si muito eficaz, por deixar subsistir a lei inconstitucional, não se pode admitir nesse caso que a Constituição deixe de estabelecer um

processo legislativo único, e de fixar princípios quanto ao conteúdo das leis. A Constituição diz sem dúvida em seu texto e quer dizer que as leis só devem ser elaboradas desta ou daquela maneira e que não devem ter este ou aquele conteúdo; mas, admitindo-se que as leis inconstitucionais também serão válidas, ela indica na realidade que as leis podem ser elaboradas de outro modo e que seu conteúdo pode ir de encontro aos limites assinalados; porque as leis inconstitucionais também só podem ser válidas em virtude de uma regra da Constituição; elas também devem ser, de um modo ou de outro, constitucionais, já que válidas. Mas isso significa que o processo legislativo expressamente indicado na Constituição e as diretivas nela estabelecidas não são, a despeito das aparências, disposições exclusivas, mas apenas alternativas. Que as Constituições em que está ausente a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais na verdade não são assim interpretadas, é a estranha consequência desse método, a que já fizemos várias vezes alusão e que dissimula o conteúdo verdadeiro do direito por motivos políticos que não correspondem propriamente aos interesses políticos de que essas Constituições são expressão.

Uma Constituição cujas disposições relativas ao processo legislativo podem ser violadas sem que disso resulte a anulação das leis inconstitucionais tem ante os graus inferiores da ordem estatal o mesmo caráter obrigatório do direito internacional diante do direito interno. De fato, um ato estatal qualquer que seja contrário ao direito internacional nem por isso é menos válido. A única consequência dessa violação é que o Estado cujos interesses ela vulnera pode, em última análise, declarar guerra ao Estado que é seu autor: ela acarreta uma sanção puramente penal. Do mesmo modo, a única reação, contra sua violação, de uma Constituição que ignore a jurisdição constitucional, é a punição decorrente da responsabilidade ministerial. É essa força obrigatória míni-

ma do direito internacional que incita muitos autores, sem dúvida erroneamente, a lhe negar de modo geral caráter jurídico. E são motivos de todo semelhantes que se opõem ao fortalecimento técnico do direito internacional pela instituição de um tribunal internacional dotado de poderes de anulação, e ao aumento da força obrigatória da Constituição pela organização de um tribunal constitucional.

Deve-se ter em mente o que precede para poder apreciar a importância da organização da jurisdição constitucional.

23. Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da mino-

ria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria.

24. Mas é certamente no Estado federativo que a jurisdição constitucional adquire a mais considerável importância. Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado federativo só é plenamente realizada com a instituição de um tribunal constitucional. A essência do Estado federativo consiste – se não enxergarmos nele um problema de metafísica do Estado mas sim, numa concepção inteiramente realista, um tipo de organização técnica do Estado – numa divisão das funções, tanto legislativas como executivas, entre órgãos centrais competentes para todo o Estado ou seu território (Federação, *Reich*, União) e uma pluralidade de órgãos locais, cuja competência se limita a uma subdivisão do Estado, a uma parte de seu território (estados federados, províncias, cantões, etc.), com representantes desses elementos estatais, designados de maneira mediata (pelos parlamen-

tos ou pelos governos estaduais) ou imediata (pela população da circunscrição), participando da atividade legislativa central, e eventualmente também da atividade executiva central. Em outras palavras, o Estado federativo é um caso especial de descentralização. A disciplina dessa descentralização é o conteúdo essencial da Constituição geral do estado, que determina principalmente que matérias serão regidas por leis centrais e que matérias o serão por leis locais, assim como as matérias que serão de competência exclusiva da União e as que serão de competência exclusiva dos estados federados. A repartição das competências é o cerne político da idéia federalista. Isso significa, do ponto de vista técnico, que as Constituições federativas não apenas regulam o processo legislativo e estabelecem certos princípios a propósito do conteúdo das leis – como acontece com as dos Estados unitários – mas também fixam as matérias atribuídas à legislação federal e à legislação local. Qualquer violação dos limites assim traçados pela Constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federativo; e a proteção desse limite constitucional das competências entre União e estados federados é uma questão política vital, sentida como tal no Estado federativo, no qual a competência sempre dá ensejo a lutas apaixonadas. Mais que em qualquer outra parte, faz-se sentir aqui a necessidade de uma instância objetiva que decida essas lutas de modo pacífico, de um tribunal ao qual esses litígios possam ser levados como problemas de ordem jurídica e decididos como tal – isto é, de um tribunal constitucional. Porque qualquer violação da competência da União por um estado federado, ou da competência dos estados federados pela União, é uma violação da Constituição federal que faz da União e de seus estados uma unidade. Não se deve confundir essa Constituição total, de que a repartição das competências é parte essencial, com a Constituição parcial da União, que lhe é subordinada, porque, assim como as

Constituições dos estados federados, ela não passa da Constituição de uma parte, de um elemento do Estado, ainda que um só e mesmo órgão seja chamado a modificar a Constituição total e a da União.

Tratando-se de atos jurisdicionais ou administrativos contrários às regras de competência, as vias de recursos judiciais-ou administrativos dos estados federados ou da União oferecem a possibilidade de anulá-los por ilegalidade. Não cabe examinar aqui se essa garantia é suficiente para impedir de modo eficaz que os atos administrativos da União invadam a competência dos estados federados e vice-versa, em particular no caso de não existir um tribunal administrativo supremo comum à União e aos estados federados, o qual, na medida em que é chamado a controlar a conformidade desses atos às regras de competência, isto é, sua constitucionalidade, já fará as vezes, mesmo se indiretamente, de tribunal constitucional. Podemos observar contudo que, dada a oposição de interesses, característica do Estado federativo, entre União e estados federados, e a necessidade particularmente forte aqui de uma instância objetiva, e por assim dizer arbitral, que funcione como órgão da comunidade formada pelas coletividades jurídicas, em princípio coordenadas, da União e dos estados federados, a questão da competência a conceder nessa matéria a um tribunal constitucional não se apresenta exatamente da mesma forma que num Estado unitário centralizado, de modo que seria perfeitamente concebível confiar a um tribunal constitucional federal o controle dos atos administrativos, exclusivamente quanto à sua conformidade às regras constitucionais de competência. Seria naturalmente necessário, porém, exigir que o tribunal constitucional a que caberia julgar as leis e regulamentos da União e dos estados federados proporcionasse, por sua composição paritária, garantias de objetividade suficientes, e se apresentasse não como um órgão exclusivo da União ou dos

estados federados, mas como o órgão da coletividade que os engloba igualmente, da Constituição total do Estado, cujo respeito seria encarregado de assegurar.

É um dos paradoxos da teoria do Estado federativo apresentar o princípio “o direito federal prevalece sobre o direito estadual” como correspondente à essência do Estado federativo, e dissimular, com isso, a necessidade de uma jurisdição constitucional. É fácil mostrar que nada é tão contrário à idéia do Estado federativo quanto esse princípio, que faz a existência política e jurídica dos estados federados depender da boa vontade da União, à qual permite invadir inconstitucionalmente, por meio de leis ordinárias e até por simples regulamentos, a competência destes últimos, e assim, atribuir-se, em contradição com a Constituição total do Estado, as competências dos estados federados. O verdadeiro respeito à idéia federalista, que encontrou sua expressão na Constituição total do Estado, requer que nem o direito federal prevaleça sobre o direito estadual, nem o direito estadual sobre o direito federal, e que ambos sejam, em suas relações recíprocas, igualmente julgados de acordo com a Constituição total que delimita seu respectivo domínio. Um ato jurídico do Estado central que, ultrapassando o limite que a Constituição total lhe estabelece, invada o domínio constitucionalmente garantido aos estados federados, não deve ter maior valor jurídico do que o ato de um estado federado que viole a competência do Estado central. Esse princípio é o único que corresponde à essência do Estado federativo, e ele não pode ser efetivado de outro modo que não por um tribunal constitucional. A competência natural deste, por resultar da idéia federalista, também deveria abranger enfim o julgamento de todas as violações das obrigações respectivas de que possam ser culpados não apenas os estados federados, mas também o Estado central, se no exercício de suas funções seus órgãos violarem a Constituição total do Estado. O que

se costuma qualificar de intervenção federal [*Bundesexekution*] e que constitui um problema tão difícil para a teoria e a prática do Estado federativo, deveria se apresentar – seja sob a forma primitiva de uma responsabilidade coletiva e restitutória, seja sob a forma tecnicamente mais aperfeiçoada de uma responsabilidade individual e por culpa do órgão responsável – apenas como a execução de uma sentença pronunciada pelo tribunal constitucional, na qual fica estabelecida a inconstitucionalidade da conduta do Estado central ou do estado federado.

25. As missões que se apresentam para uma jurisdição constitucional no âmbito de um Estado federativo ressaltam de forma particularmente clara a afinidade entre a jurisdição constitucional e uma jurisdição internacional voltada para a proteção do direito internacional, quando mais não fosse em razão da proximidade dos graus da ordem jurídica que se trata de garantir. E, assim como esta tem por objetivo tornar a guerra entre os povos inútil, aquela se afirma, em última análise, como uma garantia de paz política no Estado.