

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140  
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Observações sobre o controle da constitucionalidade das leis no Brasil

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

## SUMÁRIO

*1. Introdução. A politização do Judiciário: fenômeno do Estado democrático constitucional. A Jurisdição Constitucional. Tentativa de James Madison de colocar na Constituição americana o judicial veto. Embaraços políticos. Compromisso dos constituintes com a ratificação da Constituição. John Marshall e o Caso Marbury v. Madison. Os "midnight appointees" do Governo Adams. Antecedentes aragoneses e ingleses. 2. Controle dos atos normativos no Brasil: Império, Primeira e Segunda Repúblicas. A Subcomissão do Decreto n. 21.402/1932. O papel do Senado Federal (Constituição de 1934): uma tentativa de suprir a falta do stare decisis anglo-americano? O controle concentrado. Evolução. Constituição de 1988. Coexistência dos sistemas difuso e concentrado. Distorções. A ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. A ação de constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93. Efeitos.*

1. Introdução. A politização do Judiciário: fenômeno do Estado democrático constitucional. A Jurisdição Constitucional. Tentativa de James Madison de colocar na Constituição americana o *judicial veto*. Embaraços políticos. Compromisso dos constituintes com a ratificação da Constituição. John Marshall e o Caso *Marbury v. Madison*. Os "midnight appointees" do Governo Adams. Antecedentes aragoneses e ingleses.

Um dos fenômenos mais marcantes da evolução do Estado democrático de direito constitucional é a ascensão do Judiciário como um autêntico terceiro poder político<sup>1</sup>. Nos Estados Unidos, como se verá mais para a frente, a politização do Judiciário não estava prevista pelo constitucionalismo e se desencadeou por iniciativa da Suprema Corte no início do século XIX.

Em outros Estados – República Federal da Alemanha, França, Itália, Índia, Paquistão – as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial se

“esforçaram deliberadamente para outorgar ao poder judiciário uma posição elevada no processo do poder que não é inferior à dos detentores tradicionais do poder, governo e parlamento, e que, em certos casos, (lhes) é até superior”<sup>2</sup>.

Nos Estados Unidos, antes da consolidação do *New Deal*, houve abuso do Judiciário, ficando o acontecimento conhecido como “judiocracia” ou “governo dos juízes”<sup>3</sup>. Daí a balda de “third chamber” à Suprema Corte.

O “controle de constitucionalidade de leis” é decorrente da existência de uma lei básica, que estrutura os órgãos estatais, e garante os direitos dos cidadãos contra as investidas do poder público, inclusive via legislativa<sup>4</sup>. Onde não existe essa distinção, essa preeminência de uma lei em relação a outras, não se pode falar em “controle” ou, na terminologia portuguesa, em “fiscalização”<sup>5</sup>. O controle é exatamente uma técnica oficial de aferição de conformidade de uma norma em relação a outra, que lhe serve de estalão. Pode-se dizer, na acepção kelseniana, que a Constituição é uma *Grundnorm* (“norma-fundamento”), isto é, uma “norma pressuposta”, e não propriamente uma “norma estabelecida”<sup>6</sup>. Em Estados que não dispõem de uma constituição formal, não se pode falar validamente em controle jurisdicional de leis. Tais “sistemas jurídicos e a tradição existente impedem que surja e se implante o controle judicial”<sup>7</sup>.

Vamos nos preocupar, por causa de sua importância, apenas com o “controle jurisdicional”, “judicial”, “jurídico” ou, dentro da preferência germânica, da “jurisdição constitucional” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)<sup>8</sup>. O “controle político” *stricto sensu*, isto é, aquele feito pelo Executivo ou pelo Legislativo, por sua diminuta importância no nosso sistema de controles, não será por nós focado<sup>9</sup>. Num sentido mais amplo, pode-se dizer que o “controle político” é exercido por qualquer órgão que não pertença ao Poder Judiciário<sup>10</sup>.

O controle jurisdicional dos atos legislativos e administrativos, como se sinalizou mais acima, não é coisa nova, pois já anda beirando a casa dos 200 anos. Foi uma audaciosa e genial jogada política de John Marshall, o quarto presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos<sup>11</sup>, no ano de 1803. Refiro-me ao conhecido caso *Marbury v. Madison*<sup>12</sup>. A questão judicial, um

*writ of mandamus* ajuizado por algumas pessoas nomeadas *justices of the peace*<sup>13</sup> no apagar das luzes do governo federalista de John Adams. Os autores da ação judicial ficaram jocosamente conhecidos como *midnight appointees*, ou seja, “os nomeados da calada da noite”. É que John Marshall, então *secretary of State* do Governo John Adams, ficou até de madrugada, auxiliado por seu irmão James Marshall, preenchendo e assinando títulos de nomeação de mais de quatro dezenas de *Justices of the Peace*. No dia seguinte começava novo governo (Thomas Jefferson), e Marshall teria que preparar, ainda, discurso que ia fazer como presidente (*chief justice*) da Suprema Corte. Cerca de dezesseis títulos de nomeação não foram preenchidos e entregues. Ficaram por conta do novo *secretary of State*, James Madison, que, a mando de Jefferson, recusou-se a fazer a entrega.

O ajuizamento do *writ* se fez diretamente na Suprema Corte, tal como então dispunha a Lei Orgânica do Judiciário de 1789 (que serviu de inspiração para nosso Decreto 848/1890). Os autores do *mandamus* encabeçado por William Marbury pediram que o novo *secretary of State* (Madison) lhes entregasse seus títulos de nomeação a fim de que eles pudessem tomar posse. A Suprema Corte, com metade (três) de sua composição (seis), deu-se por incompetente para julgar o caso. Decretou a inconstitucionalidade do dispositivo do *Judiciary Act*, uma “lei” elaborada pelo “Congresso Nacional”. Ainda que o Juiz Marshall tenha reconhecido que os impetrantes tivessem direito à nomeação, a questão ficou presa à incompetência da Corte<sup>14</sup>.

Marshall, relator do acórdão, disse que o art. III da Constituição dava competência ao Poder Judiciário para julgar todos os “casos” de aplicação da lei e da equidade, inclusive, evidentemente, da *própria Constituição*. “Isso é da própria essência da atividade judicial” (*This is of the very essence of judicial duty*)... os tribunais do art. III não podem ser forçados a “fechar seus olhos diante da Constituição, e ver somente a lei” (... *to close their eyes on the constitution, and see only law*)<sup>15</sup>.

É oportuno lembrar que James Madison, o “pai” da Constituição dos Estados Unidos, chegou, é certo, a engendrar um mecanismo de *judicial veto* na constituinte de Filadélfia. Não logrou êxito<sup>16</sup>. A maior preocupação dos constituintes era com a ratificação da Constituição pelos Estados-Membros. A divisão entre “federalistas” e “antifederalistas”, “escravagistas”

e “anti-escravagistas” era grande. Uma cisão radical poderia inviabilizar a ratificação da Constituição. Daí a presença propositada do silêncio, de evasivas, de elipses, de formas vagas<sup>17</sup>.

Também não deixa de ser oportuno recordar que nos Estados Unidos, até o advento do caso *Nashville, C. & St. L. Ry versus Wallace*<sup>18</sup>, de 1933, os tribunais, de um modo geral, não julgavam ações com pedido puramente declaratório. Invocava-se, para tanto, a Lei Orgânica do Judiciário (1789). O *Justice Brandeis*, em 1930, num caso concreto, frisou que o que o autor da ação queria era uma “decisão declaratória” (*declaratory judgment*), “que se achava além do poder conferido ao judiciário federal”<sup>19</sup>. Em 1934, para espantar as dúvidas, o Congresso baixou a *Federal Declaratory Judgement Act*, dando competência para que as cortes federais decidissem sobre pedido declaratório. Em *Aetna Life Ins. Co. versus Haworth*<sup>20</sup>, caso julgado em 1937, a Suprema Corte manifestou-se sobre a Lei do Julgamento Declaratório, dizendo que o Congresso havia agido dentro da delegação que a Constituição lhe dava: estabelecer instrumentos processuais para que os tribunais federais decidissem casos e controvérsias<sup>21</sup>. A ação declaratória, à evidência, deveria ter um substrato concreto<sup>22</sup>.

É claro que o controle jurisdicional dos atos normativos não foi uma “invenção” marshalliana ou kelseniana. Como observa com propriedade Dominique Rousseau<sup>23</sup>, ainda que a “réflexion théorique” do controle centralizado possa ser atribuída ao austríaco Hans Kelsen, foram acontecimentos políticos que, através de sucessivas etapas, levaram à criação de cortes, conselhos ou tribunais constitucionais na Europa.

Tem-se notícia de que no Reino de Aragão (Espanha), no século 13, já existia um arremedo de jurisdição constitucional: uma corte constitucional, denominada *Consistorio*, presidida por um *justicia mayor*, encarregava-se de controlar as leis do reino (*fueros*)<sup>24</sup>. Seus juízes gozavam de inamovibilidade. A Inglaterra, nessa época, mantinha acentuado intercâmbio cultural e comercial com o Reino de Aragão. É relevante lembrar que, antes da derrota da Grande Armada, a Espanha “era o maior, o mais rico e territorialmente mais espalhado império da terra”<sup>25</sup>. A Inglaterra – utilizando-me de palavras de An-

dré Maurois<sup>26</sup> – era uma “potência de segunda ordem”.

Na própria Inglaterra, no século XVII, *Sir Edward Coke* pregava que cabia aos tribunais controlar os atos da Coroa. Tentou – embora não tenha conseguido, e até corrido risco de vida – submeter também os atos do Parlamento ao controle do Judiciário, afirmando que aos juízes cabia interpretar o *common law* ou *the law of the land*<sup>27</sup>. Coke malogrou. Em 1689, com a imposição do *Bill of Rights* a Guilherme de Orange, ficou definitivamente consagrada a supremacia do Parlamento, com o reconhecimento de suas leis (*statutes*) como fonte independente de direito<sup>28</sup>.

Na França, por ocasião da elaboração da Constituição de 1793 (Ano I), foi proposta, infrutiferamente, a criação de um *Grand Jury National* para controlar as leis e os atos do executivo, quando violadores dos direitos do cidadão<sup>29</sup>. Pela Constituição de 1791 (Título VII, art. 8º), apelava-se ingenuamente para que essa tarefa ficasse sob a guarda

“... du Corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français”<sup>30</sup>.

Desde 1990, tem-se debatido no Parlamento francês a necessidade de controle *a posteriori* da constitucionalidade dos atos normativos, pois lá o controle se faz *a priori*: no período que medeia entre a aprovação da lei e sua publicação no diário oficial. Depois dessa fase, não se pode mais argüir a inconstitucionalidade. O controle é feito pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão composto por juízes nomeados pelo presidente da República (3), pelo presidente do Senado (3) e pelo presidente da Assembléia Nacional (3)<sup>31</sup>. Seu controle se aproxima mais do “controle político” do que do “controle jurisdicional”<sup>32</sup>. Os defensores do controle preventivo da Constituição de 1958 alegam que tal sistema tem a vantagem de ser rápido, simples, e sobretudo de trazer segurança às relações jurídicas.

“Para o professor Jean-Jacques Dupeyroux, ensinar na França o controle *a posteriori* será imediatamente submeter ao jogo da censura constitucional seguimentos inteiros de direito social, fiscal, de estrangeiros, das sucessões... e criar, por consequência, uma *desordem insondável*, segundo, expressão do professor Jean Rivero”<sup>33</sup>.

2. Controle dos atos normativos no Brasil: Império, Primeira e Segunda Repúblicas. A Subcomissão do Decreto n. 21.402/1932. O papel do Senado Federal (Constituição de 1934): uma tentativa de suprir a falta do *stare decisis* anglo-americano? O controle concentrado. Evolução. Constituição de 1988. Coexistência dos sistemas difuso e concentrado. Distorções. A ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão. A ação de constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93. Efeitos.

Como se sabe, no Brasil o controle judicial das leis só se deu com o advento da República<sup>34</sup>. No Império, pela Carta de 1824 (art. 13, 8<sup>o</sup> e art. 9<sup>o</sup>), o controle era feito pelo próprio Legislativo. Era, de resto, a sistemática adotada na Europa.

Quando se elaborou o Decreto n. 848/1890<sup>35</sup>, inspirado no *Judiciary Act* americano, e a Constituição brasileira de 1891<sup>36</sup>, também modelada pela Constituição de Filadélfia, o controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário, nos Estados Unidos, já contava mais de oito décadas, ainda que tenha, por três vezes, pelo menos, sofrido sérios e perigosos reveses<sup>37</sup>. De lá para cá, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, o controle dos atos públicos pelo Judiciário se foi modificando. Nos Estados Unidos, mais arrastada e lentamente; no Brasil, como se verá a seguir, de maneira rápida e, até por que não dizer, atabalhoada. É fácil explicar a diferença: nos Estados Unidos, com a promulgação da Constituição de 1787, já vigorava o *common law* inglês<sup>38</sup>, direito tipicamente “judicial” (*judge-made law*). Sua força estava assentada no “precedente judicial” (*stare decisis*)<sup>39</sup>. Já no Brasil da República, o direito era tipicamente “legal”. Sua única fonte, pode-se dizer, era a lei.

Nos albores da República, Pedro Lessa, para justificar o controle dos atos normativos pelo Judiciário, e não pelo Legislativo, lembrava que

“(é) muito mais racional admitir que os tribunais foram investidos da missão de servir de corpos intermediários entre o povo e a legislatura, para, entre outros, o fim de manter a última dentro nos limites assinalados á sua autoridade”<sup>40</sup>.

A Constituição, como lei fundamental, foi feita pelo povo. E é ela que dá a competência de controle aos tribunais. As sentenças judiciais, pois, “devem antes ser reguladas pelas leis fundamentais que pelas secundárias”<sup>41</sup>.

Da Constituição de 1934 para cá, o nosso sistema de controle jurisdicional de leis e atos normativos se foi afastando do figurino clássico americano, e adquiriu feição própria. Hoje, temos um sistema *sui generis*, tipicamente brasileiro<sup>42</sup>. Ao lado do denominado “controle difuso”, de matriz americana, adotou-se também o “controle concentrado”, de procedência austríaca.

Como observa, com acerto, a Professora Ada Pellegrini Ginover,

“(s)e é inegável que a previsão da coexistência do controle difuso e concentrado de constitucionalidade torna o sistema brasileiro bastante completo, é também verdade que algumas distorções surgem como consequência da referida coexistência”<sup>43</sup>.

A coexistência dos dois sistemas, se bem que já sem as características genéticas, tem vantagens... e desvantagens. O sistema difuso não deixa de ser mais democrático, pois a inconstitucionalidade é levantada pela via de exceção por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou até pelo próprio juiz<sup>44</sup>. A possibilidade de pressão política por parte do Executivo é nula, diante da multiplicidade de órgãos judicantes e da falta de compromisso do juiz singular, que galgou o cargo por concurso público<sup>45</sup>. O sistema concentrado, em que um único órgão se encarrega de resolver quanto à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, tem a vantagem de uniformização imediata da jurisprudência e de ensejar o controle abstrato, sem a presença de interesse individual. Seu alcance sócio-político é maior, pois escapa do subjetivismo de partes e entra no objetivismo da defesa do estado democrático de direito. Tem a desvantagem de ser o controle sem partes, em que falta a dialética processual. A legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade ainda deixa a desejar<sup>46</sup>. É certo que na Alemanha, Portugal e outros países que adotam o controle abstrato a gama de legitimação ainda é mais restrita do que no Brasil<sup>47</sup>.

Podemos dizer, em resumo, que, até a proclamação da Constituição de 1934, o controle era feito apenas *incidenter tantum*. Em outras palavras, os sujeitos do processo levantavam a prejudicial da inconstitucionalidade do ato normativo. Se acatada a inconstitucionalidade, o juiz a declarava<sup>48</sup>, deixando de aplicar o dispositivo por ele tido por ofensivo à constituição. Sua decisão, se transitada em julgado, tinha,

para alguns, efeitos *ex tunc*, para outros, efeitos puramente *ex nunc*<sup>49</sup>. Como se tratava de questão prejudicial, não fazia coisa julgada material<sup>50</sup>. A declaração, em outras palavras, era endoprocessual: só valia para o processo em curso (coisa julgada formal). Se houvesse outra pendenga entre as mesmas partes, envolvendo o mesmo assunto, o interessado tinha que começar tudo de novo... A sentença – insistindo mais uma vez – só valia para aquele processo, para aquele caso. Na hipótese de a decisão chegar ao Supremo Tribunal Federal – o que se fazia mediante *recurso extraordinário* –, cabia ao Supremo manter a inconstitucionalidade, ou não. Era um controle *a posteriori*<sup>51</sup>.

A Constituição de 1934, como se falou rapidamente, além de criar um *controle concentrado (ação interventiva)* ajuizada pelo procurador-geral da República para que o STF se manifestasse sobre lei de intervenção federal nos Estados-Membros), instituiu mecânica substitutiva do *stare decisis* do direito americano: a *suspensão*, pelo Senado Federal (Art. 91, IV), ... “de qualquer lei ou ato... quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Foi, inegavelmente, um meio engenhoso de estender para casos futuros a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, o que não havia na Primeira República (1891/1930)<sup>52</sup>.

A questão da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (Corte Suprema) levantou memoráveis e acirradas polémicas entre os membros da Subcomissão de Elaboração do Anteprojeto de Constituição, nomeada pelo Governo Provisório da Segunda República (Decreto n. 22.402/1932)<sup>53</sup>. Na 26ª Sessão (2 de fevereiro de 1932, prorrogada), sob a presidência de Mello Franco, Themístocles Cavalcanti propôs emenda dando competência ao Supremo Tribunal Federal para “declarar em these a inconstitucionalidade das leis por meio de acção declaratoria, em virtude de provocação das camaras legislativas ou de qualquer interessado”. João Mangabeira, ao votar, enalteceu a emenda, uma vez que tal medida viria estabilizar uma série de acções no mesmo sentido. Sugeriu, porém, um *quorum* de dois terços dos membros da Corte. A alteração de Mangabeira foi acolhida, em parte, por Oliveira Vianna, que concedia legitimação ativa só à Ordem dos Advogados. Na 44ª Sessão (6 de abril de 1933), veio à tona a questão do órgão competente para “suspender” a execução da lei tida por incons-

titucional pela Corte Suprema. Mangabeira propôs alteração na proposta apresentada por Castro Nunes, que atribuía tal tarefa ao Conselho Supremo. Recordou que somente o Legislativo (Assembléia) poderia revogar lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, desde que por meio de uma maioria de dois terços<sup>54</sup>. Aí estava plantado um mecanismo capaz de suprir, pelo menos em parte, o mal advindo de transplante de instituições jurídicas de sistemas totalmente diferentes (*common law*). Nos Estados Unidos, como se falou e se repete, a fonte do direito estava praticamente nas decisões judiciais (*judge-made law*). No Brasil, ao contrário, nosso direito tinha como fonte a lei. Lá, no Norte, o juiz se orientava, obrigatoriamente, pelos precedentes das cortes superiores. Aqui, no Sul, ainda que os precedentes superiores tivessem força moral, não eram vinculantes. Dentro da tradição romano-germânica, o juiz era livre e estava preso somente à sua consciência e à lei<sup>55</sup>. A fonte do direito não estava nos “casos” (*cases*), estava na “lei”.

A partir da Constituição de 1934, a Corte Suprema (esse era o *nomen juris* – art. 73) poderia enviar a comunicação de inconstitucionalidade por ela declarada ao Senado Federal, que, por sua vez, se assim o entendesse (“ato político”, na melhor doutrina<sup>56</sup>), “suspendia” os efeitos da lei ou do ato normativo<sup>57</sup>. A lei tida por inconstitucional, ainda de acordo com a melhor doutrina, não desaparecia do ordenamento jurídico. Ficava “suspensa”. Esse o ensinamento de Lúcio Bittencourt<sup>58</sup> e de Ada Pellegrini Grinover<sup>59, 60</sup>. O Ministro Leitão de Abreu, em voto célebre, publicado na RTJ 82/791, cita o *Corpus Juris Secundum*, no sentido de que a lei tida por inconstitucional não é “nula” (*void*), mas somente “anulável” (*voidable*).

Em qualquer demanda futura, a parte interessada poderia, como prejudicial, argüir a inconstitucionalidade do ato, tal como decidido pela Corte Suprema e suspenso por resolução do Senado. A função do Senado não era só de “publicidade” da decisão do Judiciário, tinha força extensiva<sup>61</sup>.

A partir da Constituição de 1934, como se falou mais de uma vez, foi-se caminhando para o controle concentrado. A princípio, por meio da *ação interventiva* (CF, art. 34, III, c/c arts. 102, I, a, e 129, IV). Com a Emenda Constitucional n. 16/65, passamos a ter, também, o *controle abstrato* de leis e atos normativos<sup>62</sup>, modalidade desenvolvida por Hans Kelsen para a Consti-

tuição austríaca de 1920<sup>63</sup>. Como observa Felix Ermacora, professor da Universidade de Viena,

“(a) grande novidade do controle da constitucionalidade de 1920 foi que *este controle se dava sobre as leis*. Tal controle não era possível sob o regime da Monarquia. O *Reichsgericht* não era competente para controlar as leis, por causa do papel do monarca no procedimento legislativo e de sua posição no sistema constitucional na qualidade de órgão inviolável e não responsável: o monarca tinha o poder de sancionar as leis. A Constituição federal de 1920, em seu art. 140, previa que a Corte constitucional podia anular as leis federais e as leis dos *Länder* por causa de sua inconstitucionalidade”<sup>64</sup>.

No controle concentrado, tal como originariamente esboçado na Áustria, cabia a um tribunal constitucional, que não integrava o Poder Judiciário, dizer quanto à inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo<sup>65</sup>. A técnica mais difundida, que se apartou do figurino original, consistia, *no caso concreto*, em o juiz da causa paralisar o andamento do feito e aguardar o pronunciamento do juízo constitucional. Esse, o controle da constitucionalidade, repita-se, num *caso concreto*, feito *a posteriori*. O modelo, como já se falou por alto, era o *controle abstrato (abstrakte Kontrolle)*: o órgão ou pessoa ativamente legitimados ajuizavam a ação diretamente na corte constitucional. Se a corte julgasse o ato normativo inconstitucional, declarava-o como tal. O efeito dessa declaração, que se entendia de *natureza constitutiva*, valia *pro futuro*. Tinha alcance *erga omnes*, podendo, pois, ser invocado por qualquer interessado. O controle era *a priori*.

A matriz austríaca, porém, foi adquirindo colorido nacional nos países que optaram por esse sistema. Foi o que se deu com a Itália e a Alemanha do pós-Segunda-Guerra Mundial. Como explica Mauro Cappelletti, na Alemanha, mais do que na Itália, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) tem eficácia geral (*Allgemeinwirkung*), operando *extunc*<sup>66</sup>. Em Portugal, no controle incidental (concreto), o órgão judicante, se tiver a norma por contraveniente à constituição, profere *sentença* sobre o incidente. Mediante recurso, cabe ao Tribunal Constitucional apreciar tão-somente “o seguimento da decisão judicial relativo à questão da inconstitucionalidade”<sup>67</sup>.

No Brasil da Constituição de 1988, temos um sistema misto ou híbrido de controle da constitucionalidade das leis ou de atos normativos.

Somente o Supremo Tribunal (ou os TJs, em relação à lei municipal ou à lei estadual em relação à constituição estadual)<sup>68</sup> tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, *a*) *in abstracto*. Daí não se admitir *reclamação* ao Supremo para que ele garanta, nos termos do art. 102, II, I, a “autoridade de sua decisão”<sup>69</sup>.

Por influência da Constituição da República Portuguesa (art. 283º), temos, também, a “ação de inconstitucionalidade por omissão” (art. 103, § 2º). Trata-se de ação proposta não para declarar uma norma “inconstitucional”, mas para combater o “silêncio legislativo”, na expressiva conclusão de Gomes Canotilho<sup>70</sup>.

A Emenda Constitucional n. 3/1993 ensejou o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal de uma ação *declaratória de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal. Nesse caso, como acontece com sua irmã mais velha (*ação direta de inconstitucionalidade*), o controle se faz *abstratamente*, isso é, independentemente da existência de caso concreto. Dessarte, também não se necessita da intermediação do Senado Federal para que a decisão declaratória tenha força *erga omnes*. A sentença da Suprema Corte, uma vez definitiva, já opera *per se ipsa*<sup>71</sup>.

Diferentemente da ação *direta de inconstitucionalidade*, a *ação declaratória de constitucionalidade*, por ter *efeito vinculante* (CF, art. 102, § 2º), pode ser invocada por meio de *reclamação*<sup>72</sup>. Com o Professor Celso Bastos, ainda que contra a jurisprudência, penso que não se pode dar efeito paralisante a liminar em ação declaratória de constitucionalidade: o § 2º fala em “decisões definitivas de mérito”<sup>73</sup>.

## Bibliografia

- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. München: C.H. Beck'sche, 1969. Deutsche Verfassungen. München: Goldmann, 1992.
- Les constitutions de la France depuis 1789. Paris: G F Flammarion, 1979.
- ABRAHAM, Henry J. The judicial process — an introductory analysis of the courts of the United States, England and France. New York: Oxford University Press, 1986.

- ARAÚJO CASTRO. A nova constituição brasileira. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.
- AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. Elaborando a constituição nacional - atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932-1933. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1993.
- BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à constituição do Brasil, 4. vol. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 3. ed. Atualização por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico — lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional, 4. e. Coimbra: Almedina, 1987.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, 2. ed. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves e revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional law. New York: Aspen Law & Business, 1997.
- CUSHMAN, Clare. The Supreme Court justices - illustrated biographies -1789-1993 - Ob. Editada por Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993.
- DURANT, Will e Ariel. The story of civilization: 7 - The age of reason begins. New York: MJF Books, 1961.
- ERMACORA, Felix. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux — cour constitutionnelle autrichienne. Artigo doutrinário publicado na obra Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, organizada por FAVOREU, Louis. Paris: Économica, 1982.
- FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Temas del ordenamiento procesal, tomo I. Madrid: Tecnos, 1969.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. S. Paulo: RT, 1990.
- GABINO ZIULU, Adolfo. Derecho constitucional, tomo I - principios y derechos constitucionales. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência em matéria constitucional. Artigo doutrinário in: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 (outubro/dezembro), 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Artigo doutrinário in: Revista de Processo, ano 23, n. 90 (abril/junho), 1998.
- HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechte der Bundesrepublik Deutschland, 20 ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- HOBBSBAWN, Eric. Era dos extremos - o breve século XX -1914-1991, 2. ed. 8. impressão. S. Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995.
- JACQUES, Paulino. Curso de direito constitucional, 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- JOLOWICZ, J. A. Résumé des Débats. Artigo in Contrôle juridictionnel des lois. Obra publicada pelo articulista e por Louis FAVOREAU Paris: Économica, 1986.
- KELSEN, Hans. Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen). Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- KILLIAN, Johnny H. The constitution of the United States of America — analysis and interpretation. Obra editada por Washington, D.C.: Library of Congress, 1987.
- LESSA, Pedro. Do poder judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, 2. ed. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte Barcelona: Ariel, 1970.
- MAITLAND, F. W. The constitutional history of England. Cambridge: University Press, 1950.
- MAUROIS, André. História da Inglaterra. Trad. de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Ed.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. Artigo doutrinário in Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23 (abril/junho), 1998.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional — introdução à teoria da constituição, tomo II, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- PINTO FERREIRA. Comentários à constituição brasileira, 2. vol. S. Paulo: Saraiva, 1990.
- PINTO, Roger. Éléments de droit constitutionnel, 12. ed. Lille: Morel & Corduant, 1952.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Curso de derecho comparado Barcelona: Editorial Ariel, 1987.
- POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RADBRUCH, Gustav. El espíritu del derecho inglés. Trad. de Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1958.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação direta de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro. Artigo doutrinário in Revista Forense, vol. 318, ano 88.

ROUSSEAU, Dominique. La justice constitutionnelle en Europe. Paris: Montchrestien, 1992.

SANTI ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. Trad. de Maria Helena Diniz. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SCHLAICH, Klaus. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux — tribunal constitutionnel fédéral allemand in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux. Coletânea org. por Louis FAVOREAU. Paris: Économica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1982.

SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TRIBE, Laurence H. Constitutional choices. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de direito público. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

WADE E. C. S. E BRADLEY, A/W. Constitutional law. 7. Ed. 2. Impression. London: Longmans, 1966.

WHYTE, John D. Pays de common law in coletânea organizada por Louis FAVOREAU e John-Anthony JOLOWICZ. Paris: Économica, 1986.

## Notas

<sup>1</sup> LOWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, 2. ed.. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 304.

<sup>2</sup> Id. ibidem.

<sup>3</sup> Id. ibidem.

<sup>4</sup> “A criação de um Parlamento eleito pelo povo não se revela uma garantia suficiente para a proteção dos direitos do povo e de seus cidadãos” (Cf. SCHLAICH, Klaus. Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux - tribunal constitutionnel fédéral allemand in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, coletânea organizada por Louis FAVOREAU. Paris: Économica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1982, p. 106).

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional - introdução à teoria da constituição, tomo II, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1988, pp. 310 e seg.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans. Teoria geral das normas (Allgemeine Theorie der Normen). Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 328.

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl, ob. cit. p. 316. Cf., ainda, SANTI ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. Trad. de Maria Helena Diniz. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 390.

<sup>8</sup> Ao falar sobre a “jurisdição constitucional”, Konrad HESSE lembra que, no ordenamento constitucional da Lei Fundamental, cabe aos tribunais não só a tarefa da defesa do direito, mas também a da ampliação da proteção jurídica bem como a função de controle (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 239). Mauro CAPPELLETTI observa que o tema da constitucionalidade de leis não se identifica com o da jurisdição constitucional, “não representando senão um dos vários possíveis aspectos da assim chamada *justiça constitucional*, e, não obstante, um dos aspectos certamente mais importante” (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 23 e seg.).

<sup>9</sup> Ainda que não se possa falar propriamente em “lei”, o presidente da República, quando da sanção do “projeto de lei” (Constituição, art. 84, incisos IV e V), exerce seu *veto power* de controle de constitucionalidade.

<sup>10</sup> Cf. GABINO ZIULU, Adolfo. Derecho constitucional, tomo I - principios y derechos constitucionales. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 107.

<sup>11</sup> O primeiro presidente (*chief justice*) foi John Jay, um dos autores de *O Federalista (Federalist Papers)*. Quando tinha 43 anos de idade, foi nomeado por George Washington para a Suprema Corte. Ainda como presidente, exerceu missão diplomática em Londres. Por ter sido escolhido governador de Nova York, deixou o cargo em 1795. Os dois seguintes presidentes foram John Rutledge e Oliver Ellsworth, também nomeados por Washington (Cf. *The Supreme Court Justices - illustrated biographies - 1789-1993*. Ob. editada por Clare CUSHMAN: Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993). Erwin CHERMERINSKY, porém, diz que Marshall foi o “terceiro” (*third*) presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos (Cf. *Constitutional law*. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 37). Marshall, ao afirmar que os Tribunais eram apenas um instrumento da lei, e nada mais podiam desejar, acabou por garantir, com quatro decisões, entre outras, o futuro para a “Suprema Corte, a Constituição e o País, sem as quais (decisões), indubitavelmente, a Nação não teria crescido e prosperado, como aconteceu” (“*Marshall handed down, among many others, four of the most momentous decisions in the history of, and the future for, Court, Constitution, and country, without which it is at best doubtful that the nation would have grown and prospered as it has*” in ABRAHAM, Henry J., *The judicial process - an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 360).

<sup>12</sup> 5 U.S. (1803).

<sup>13</sup> O *justice of the peace*, embora possa encarregar-se de “casamentos” e ter “jurisdição em pequenas causas”, não corresponde com exatidão ao nosso “juiz de paz”. Muitas vezes suas funções equivalem às do nosso oficial de justiça. Daí ter preferido não traduzir a expressão, acolhendo conselho de Gustav RADBRUCH em sua pequena grande obra *Der Geist des englischen Rechts* (*El espíritu del derecho inglés*. Trad. espanhola por Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1958, p. 17).

<sup>14</sup> POLETTI, Ronaldo (*Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 45) diz que Marshall, antes de decretar a incompetência da Corte, teria decidido “a causa quanto ao mérito, declarando o direito de MARBURY à posse do cargo de Juiz. Com isso, tornava pública sua opinião, e a da Suprema Corte”. Dominique ROUSSEAU, por sua vez, enfatiza que John Marshall “déclare que la loi de 1789 accordant à la Cour suprême le droit d’imposer la nomination de juges fédéraux est contraire à la Constitution et que la Cour ne peut en conséquence examiner la demande de Marbury, celui-ci gardant cependant la possibilité d’assigner le Ministre ... devant un autre tribunal pour obtenir réparation de son juste grief” (*La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992, p. 16).

<sup>15</sup> Cf. TRIBE, Laurence H. *Constitutional choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, p. 52.

<sup>16</sup> Cf. WHYTE, John D. in *Pays de common law na coletânea Le contrôle juridictionnel des lois*, publicado por Louis FAVOREAU e John-Anthony JOLOWICZ. Paris: Économica, 1986, p. 157.

<sup>17</sup> Cf. ROUSSEAU, Dominique, ob. cit., p. 14.

<sup>18</sup> 288 U.S. 249 (1933).

<sup>19</sup> Cf. CHERMERINSKY, ob. cit., p. 54 (*To grant that relief is beyond the power conferred upon the federal judiciary*).

<sup>20</sup> 300 U.S. 227, 239-240 (1937).

<sup>21</sup> Cf. *The Constitution of the United States of America — analysis and interpretation*, obra editada por Johnny H. KILLIAN. Washington: Library of Congress, 1987, p. 691.

<sup>22</sup> Nos Estados Unidos, não se dispõe de uma *actio popularis*, em que o cidadão possa, no interesse difuso da coletividade, provocar o órgão judicante. Exige-se, sempre, um “interesse direto pessoal” (SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 191).

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 13.

<sup>24</sup> Cf. FAIRÉN GUILLÉN, Victor. *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I. Madrid: Tecnos, 1969, pp. 134 e seg.

<sup>25</sup> “before the defeat of the Armada Spain was the greatest, richest, farthest-flung empire on earth...”

(DURANT, Will e Ariel. *The story of civilization: 7 - The age of reason begins*. New York: MJF Books, 1961, p. 274).

<sup>26</sup> *História da Inglaterra*. Trad. de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Ed., p. 217.

<sup>27</sup> Thomas Hobbes, o precursor do positivismo jurídico, escreveu uma obra contra a supremacia da common law, tal como defendida por Coke (Cf. BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico - lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi. S. Paulo: Ícone, 1996, p. 35).

<sup>28</sup> Cf. PINTO, Roger. *Éléments de droit constitutionnel*, 12. ed. Lille: Morel & Corduant, 1952, p. 79.

<sup>29</sup> Cf. HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995, p. 149.

<sup>30</sup> *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF - Flammarion, 1979, p. 67.

<sup>31</sup> Os ex-presidentes da República também fazem parte do Conselho (Cf. ROUSSEAU, Dominique, ob. cit., p. 51).

<sup>32</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1987, p. 131.

<sup>33</sup> ROUSSEAU, Dominique, ob. cit., pp. 80 e 81. (*Pour le professeur Jean-Jacques Dupeyroux, ouvrir en France le contrôle ‘a posteriori’ serait immédiatement soumettre au jeu de la censure constitutionnelle des pans entiers du droit social, fiscal, des étrangers, des successions... et créer en conséquence une ‘pagaille insondable’ selon, cette fois, le mot du professeur Jean Rivero*).

<sup>34</sup> O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, calcado do *Judiciary Act* norte-americano de 1789, dá, no art. 9º, a competência originária e também recursal (o recurso extraordinário, que então não tinha nome) do STF para julgar os atos contrários a tratado ou convenção, e também contrários à própria Constituição. A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, no art. 13 também era expressa: “Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”.

<sup>35</sup> O art. 3º consagrou o controle judicial como defesa. Dispunha: “Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação da parte”.

<sup>36</sup> “Do Poder Judiciário... Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete I. Processar e julgar.....”. “Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição federal; b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundados em disposição da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo; c) as causas prove-

nientes de compensações, reinvidicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras, propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa”....

<sup>37</sup> Cf. BITENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualização de José AGUIAR DIAS. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., pp. 13 e seg.

<sup>38</sup> Até a época de Henry II (neto de Henry I), as pendengas judiciais eram decididas pelos respectivos direitos locais (barões feudais). Henry II iniciou, então, reformas, introduzindo as *Assizes of Claredon* (1166) e *Northampton* (1176). Aí se acha o “germe” do julgamento pelo júri, que passou, depois, a abranger também matérias civis (*interdita*). Começa, então, a vida do *common law*, aplicado por juízes itinerantes do rei (Cf. MAITLAND, F. W. *The constitutional history of England*. Cambridge: University Press, 1950, pp. 10 e seg.).

<sup>39</sup> O *stare decisis* inglês é mais rígido do que o americano. A mais alta corte de justiça do país, a *House of Lords*, fica presa a seus próprios precedentes (*The House of Lords is bound by its own decisions* — Cf. WADE, E. C. S. e BRADLEY, A. W. *Constitutional law*. 7 ed., 2. Impression. London: Longmans, 1966, p. 311). O Parlamento, porém, pode corrigir os desacertos do Judiciário, baixando lei (*statute*). Nos Estados Unidos, todavia, isso é mais difícil, pois, embora o Congresso possa fazer leis contrariando decisões da Suprema Corte, a situação se torna mais complicada por causa da rigidez do sistema constitucional. Daí não ser incomum à própria Suprema Corte mudar seus precedentes (Cf. SCHWARTZ, ob. cit., p. 201).

<sup>40</sup> *Do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 140.

<sup>41</sup> Id, p. 141.

<sup>42</sup> Sem prejuízo de que em outros países também possa existir a convivência entre os dois sistemas, como é o caso da Alemanha (Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 2. ed. S. Paulo: RT, 1990, p. 120).

<sup>43</sup> *Controle da constitucionalidade*. Revista de Processo, ano 23 (abril/junho de 1998), n. 90, p. 15.

<sup>44</sup> Os juízes, bem lembra José Joaquim Gomes CANOTILHO, exercem seu “direito de exame” ou “direito de fiscalização”, “pois têm *acesso directo à constituição*, aplicando ou desaplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada” (*Direito constitucional*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1987, p. 793).

<sup>45</sup> O Professor Jorge MIRANDA, ob. cit., p. 325, arrola como um dos pontos negativos da “fiscalização” concentrada “a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efectivo no Estado”.

<sup>46</sup> A Professora Cármen Lúcia Antunes ROCHA, preocupada com o afastamento do povo do processo de controle das leis e dos atos normativos, entende

que a própria lei ordinária poderia legitimar o cidadão para propor, subsidiariamente, a ação direta de inconstitucionalidade. Combina o art. 1º, parágrafo único, com os arts. 102, parágrafo único, e art. 5º, § 2º, todos da Constituição de 1988 (Cf. Ação direta de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro in Revista Forense, vol. 318, ano 88, pp. 27 e seg.).

<sup>47</sup> *Grundgesetz* (Lei Fundamental), art. 93, parágrafo 1º, n. 2. Constituição da República Portuguesa (art. 278º).

<sup>48</sup> O juiz, à evidência, não “anula” a lei por ele tida como incompatível com a constituição. Apenas “declara” sua “incompatibilidade” com a lei máxima. Nosso Ruy Barbosa já admoestava: “Uma coisa é declarar a nulidade. Outra, anular. Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, lei primária e suprema” (Apud BITENCOURT, ob. cit., p. 99).

<sup>49</sup> A maioria dos autores entende que, por ser “declaratória”, a sentença tem efeito *ex tunc*. Celso BASTOS, porém, observa que “(e)m nosso entender, não há uma necessidade inexorável de fazer retroagir a declaração de inconstitucionalidade à promulgação da lei (efeito *ex tunc*), porque não há qualquer liame lógico em fazer corresponder a data do surgimento do vício com a da sua subtração do ordenamento jurídico” (Comentários à constituição do Brasil. 4. vol., tomo III. S. Paulo: Saraiva, 1997, p. 85).

<sup>50</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional* in Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 (outubro-dezembro de 1996), pp. 50 e seg.

<sup>51</sup> JOLOWICZ no *Résumé des Débats* in *Le contrôle juridictionnel des lois*, obra publicada por FAVORÉAU, Louis e JOLOWICZ, J. - A Paris: Économica, 1986, p. 9.

<sup>52</sup> ARAÚJO CASTRO não via com bons olhos a inovação, temendo que o Senado suspendesse decisão proferida pela Corte Suprema em um único julgamento de inconstitucionalidade (*A nova constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247).

<sup>53</sup> Cf. JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*, 7. ed. Rio: Forense, 1974, p. 64. A Ata da primeira sessão da Subcomissão Constitucional registra, em 11/11/1932, os seguintes nomes: Afranio de Mello Franco, José Américo, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, João Mangabeira, Agenor de Roure, Prudente de Moraes, Arthur Ribeiro de Oliveira, Oliveira Vianna, Oswaldo Aranha, Antunes Maciel, Carlos Maximiliano e Góes Monteiro (Cf. AZEVEDO, José Affonso Mendonça de, *Elaborando a constituição nacional - atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*, ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1993, p. 9). Arthur Ribeiro de Oliveira (12/06/1866 -24/03/36) era o representante do Supremo Tribunal Federal (Cf. BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro des-*

conhecido, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 169). Arthur Ribeiro renunciou, sendo substituído pelo Ministro Castro Nunes.

<sup>54</sup> Elaborando a constituição nacional, ob. cit., pp. 511 e seg.

<sup>55</sup> O art. 97, 1, da Lei Fundamental de Bonn (*Bonner Grundgesetz*) diz: “Os juízes são independentes e subordinados unicamente à lei” (*Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*)

<sup>56</sup> POLETTI, ob. cit., p. 145. PINTO FERREIRA faz as seguintes anotações: “Discute-se também se o Senado é obrigado a suspender a execução do ato normativo federal que o STF declarar inconstitucional, mediante resolução. As opiniões divergem, opinando afirmativamente Lúcio Bittencourt, Alfredo Buzaid, Celso Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Contra se manifestam Josaphat Marinho, Mário Guimarães, Aliomar Baleeiro e Paulo Brossard” (Comentários à constituição brasileira. 2. vol. S. Paulo: Saraiva, 1990, p. 619).

<sup>57</sup> Em seus *Comentários à Constituição do Brasil*, 4. vol., tomo I, o Professor Celso Ribeiro BASTOS se filia à corrente que entende que o Senado age vinculadamente, isto é, está obrigado a suspender a lei ou ato normativo tido por inconstitucional pelo STF. Ao Senado toca examinar a regularidade formal da decisão declaratória. Exemplifica com um caso concreto, em que o relator, Senador Amir Lando, levantou a questão de *quorum* do art. 97 da Constituição, uma vez que a votação no Supremo se fez por 6 a 5 (RE n. 150.764-1-PE). A “suspensão” se faz mediante “resolução” (Regimento Interno do Senado Federal, art. 388).

<sup>58</sup> Ob. cit., p. 135: “Nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito revogatório. O tribunal não anula, rescinde, cassa, destrói ou revoga a lei, senão, apenas, lhe recusa *força formal*, o caráter obrigatório e *irrefragável* que lhe é inerente, negando-lhe aplicação a um dado caso”.

<sup>59</sup> Ada Pellegrini GRINOVER admoesta: “A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada *incidenter tantum*, não tem o condão de fazer coisa julgada material. A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz, e inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade. A partir desse momento, a manifestação do Senado — que não revoga nem anula a lei — simplesmente lhe retira a eficácia *erga omnes* mas, por isso mesmo, *ex nunc*, consoante a que parece ser a melhor doutrina” (*Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*. Artigo doutrinário in Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 - outubro/dezembro, 1996).

<sup>60</sup> José Afonso da SILVA, em seu *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 52, enfatiza: “A declaração de

inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos dos arts. 52, X”.

<sup>61</sup> O Professor Gilmar Ferreira MENDES diz que, hoje, o instituto de suspensão da execução pelo Senado se mostra “obsoleto”. Indaga: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?” (*O controle incidental de normas no direito brasileiro* in Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23 - abril/junho de 1998-, p. 50 )

<sup>62</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro in Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23 (abril/junho de 1998), pp. 30 e seg.

<sup>63</sup> A Constituição alemã de 1919 (*Die Verfassung des Deutschen Reichs*), denominada “Constituição de Weimar” (*Weimarer Verfassung*), previa, no art. 108, a instituição de um Tribunal do Estado (*Staatsgerichtshof*), que certamente se incumbiria do controle das leis (*Nach Massgabe eines Reichsgesetzes wird ein Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich errichtet*). Infelizmente a intenção de Hugo Preuss não ganhou corpo, pois a gaia República teve vida curta (1919/1933). Nas eleições de 1932, os partidos comunista e nacional-socialista tiveram expressiva votação. Os partidos comprometidos com a República alcançaram pouco mais de um terço. Uma das causas foi o desemprego acarretado pela Grande Depressão (Cf. HOBBSAWM, Eric . *Era dos extremos - o breve século XX -1914-1991*. 2. ed. 8. impressão. S. Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 139). Coube à Constituição da Áustria (1920) concretizar o controle por meio do *Verfassungsgerichtshof*.

<sup>64</sup> *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux - pour constitutionnelle autrichienne, artigo doutrinário publicado na obra Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, cit., p. 195* “La grande nouveauté du contrôle de la constitutionnalité en 1920 fut que ce contrôle portait sur la lois. Ce contrôle n’était pas possible sous le régime de la Monarchie. Le Reichsgericht n’était pas compétent pour contrôler les lois, à cause du rôle du monarque dans la procédure législative et de sa position dans le système constitutionnel en tant qu’organe inviolable et non responsable: le monarque avait le pouvoir de sanctionner les lois. La Constitution fédérale de 1920 dans son article 140 prévoit que la Cour constitutionnelle peut annuler des lois des Länder à cause de leur inconstitutionnalité”.

<sup>65</sup> A Corte constitucional federal austríaca é composta de um presidente, de um vice-presidente, de doze juízes titulares e de seis juízes suplentes. A idade limite para se ficar no cargo é 70 anos. Tanto o presidente quanto o vice-presidente “*sont toujours*

*plus ou moins proches des deux partis politiques majoritaires au Parlement\** (ERMACORA, artigo doutrinário cit., p. 190).

<sup>66</sup> *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, ob. cit., p. 119. Na Áustria, no caso de anulação da lei, a Corte podia permitir que a lei inconstitucional ainda vigorasse por um período não superior a um ano. Permitia-se, ainda, a repristinação da lei revogada pela lei inconstitucional (Cf. ERMACORA, artigo cit., p. 196).

<sup>67</sup> CANOTILHO, ob. cit., pp. 797/798.

<sup>68</sup> A Constituição Federal, em seu art. 125, § 2º, diz expressamente que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual...”. Assim, no controle abstrato, as leis municipais são examinadas diretamente pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Daí asseverar Carlos Mário da Silva VELLOSO que “(n)ão há, na ordem constitucional brasileira, controle em abstrato de lei ou de ato normativo municipal em face da Constituição Federal” (Temas de direito público. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994, p. 96). Celso Ribeiro BASTOS anota: “Como

se vê, os atos municipais estão excluídos do controle por via direta no plano federal. São impugnáveis por essa via apenas em face da Constituição Estadual” (ob. cit., p. 130). Se a ofensa da lei municipal for à Constituição Federal, a impugnação se fará por meio da via de exceção, ou seja, mediante recurso extraordinário (Cf. BASTOS, Celso, ob. cit. p. 148).

<sup>69</sup> Reclamação 390-RS, relator Ministro CARLOS VELLOSO (ob. cit., p. 96). O Professor Gilmar Mendes, no artigo doutrinário citado (pp. 54 e seg.), defende a introdução, no sistema brasileiro, do *incidente de inconstitucionalidade* diretamente no Supremo Tribunal Federal para dirimir, em primeira mão, controvérsia sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

<sup>70</sup> Ob. cit., p. 792.

<sup>71</sup> Também no caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo pela via de ação, não se faz comunicação ao Senado (Cf. POLETTI, ob. cit., p. 143). No mesmo sentido PINTO FERREIRA, ob. cit. p. 618.

<sup>72</sup> BASTOS, Celso, ob. cit., p. 155.

<sup>73</sup> Ob. cit., p. 159.

---

\* Notas bibliográficas conforme original.