

A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)^{*1}

Hans Kelsen

*Professor de Direito Público da Universidade de Viena, Áustria.
Tradução: Jean François Cleaver – Tradutor do Senado Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; I – O problema jurídico da regularidade; II – A noção de constituição; III – As garantias de regularidade; IV – As garantias de constitucionalidade; IV.1 A jurisdição constitucional; IV.2 O objeto do controle jurisdicional de constitucionalidade; IV.3 O critério do controle jurisdicional de constitucionalidade; IV.4 O resultado do controle jurisdicional de constitucionalidade; IV.5 O processo do controle jurisdicional de constitucionalidade; V – A significação jurídica e política da justiça constitucional.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do problema da garantia jurisdicional da Constituição, geralmente denominada *justiça constitucional*, sob dois aspectos.

Primeiramente, e sob o aspecto teórico, este estudo expõe a natureza jurídica dessa garantia, fundamentando-se, em última análise, no sistema globalmente descrito pelo autor em sua “Teoria geral do Estado” (*Allgemeine Staatslehre*, Berlim, 1925).²

Em segundo lugar, e sob o aspecto prático, procura-se identificar os meios mais aptos à efetivação da justiça constitucional. Para tanto, apoiou-se o autor nas experiências que vem realizando há vários anos como membro e relator permanente da Alta Corte Constitucional da Áustria. De fato, a

* Artigo publicado com autorização do Instituto Hans Kelsen (Hans Kelsen – Institut) – www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen.

1 NdT: O título do texto-fonte é *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)*. A presente tradução foi realizada por Jean François Cleaver, a partir de tradução intermediária efetuada por Ch. Eisenmann, publicada na *Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*, Paris, v. XLV, n. 2, avril-mai-juin 1928, p. 197-257. Existem outras edições, entre as quais a francesa do *Annuaire de l'Institut du Droit public*, Paris: PUF, 1929, p. 52-143, e a tradução castelhana realizada pelo Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, da Universidade Nacional Autónoma do México, publicada no *Anuario Jurídico*, 1974, v. 1.

2 NdT: KELSEN, H. *Teoría General del Estado*. Trad. de Legas Lacambra. Barcelona: Labor, 1934; idem, México: Fondo de Cultura Económica, 1948; idem, México: Edinal, 1959.

Constituição austríaca, aprovada em 1920 a partir de projeto por ele elaborado a pedido do governo desse país, conferiu ao instituto da justiça constitucional um desenvolvimento mais amplo do que o dado por qualquer outra Constituição anterior.

I – O PROBLEMA JURÍDICO DA REGULARIDADE

1. A garantia jurisdicional da Constituição – i.e., a justiça constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que visam assegurar o exercício regular das funções estatais. Tais funções possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de Direito, i.e., de normas jurídicas, ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas. Conseqüentemente, costuma-se distinguir duas classes de funções do Estado: a legiferação e a execução. Esta distinção opõe a criação ou produção de Direito à aplicação desse, considerada mera reprodução.

O problema da regularidade da execução, de sua conformidade com a lei e, em conseqüência, o problema das garantias dessa regularidade são freqüentemente examinados. Ao contrário, a questão da regularidade da legislação, i.e., da criação do Direito, e a idéia de garantias desta regularidade esbarram em certas dificuldades teóricas. Não haverá petição de princípio em pretender avaliar a criação de Direito usando um padrão criado junto com o objeto avaliado? O paradoxo que existe na idéia de conformidade do Direito com o Direito reforça-se ainda mais quando – conforme a concepção tradicional – se identifica simplesmente a legiferação como criação de Direito e, a seguir, a lei como Direito; destarte, as funções designadas como de execução, a justiça e, de forma ainda mais específica, a administração, parecem ser, por assim dizer, externas ao Direito, parecem não gerar Direito propriamente falando, parecem apenas aplicar, reproduzir um Direito cuja criação já se teria concluído antes de elas serem desempenhadas. Se admitirmos que a lei é o Direito em sua totalidade, a regularidade equivale à legalidade. Assim sendo, não é líquido e certo que se possa ampliar a noção de regularidade.

Acontece, no entanto, que é inexata essa noção da relação existente entre a legiferação e a execução. Não há entre as duas funções uma oposição absoluta, como entre a criação e a aplicação do Direito, mas antes uma oposição meramente relativa. Um exame mais apurado mostra que ambas as funções são um ato de criação e, ao mesmo tempo, de aplicação do Direito. A legiferação e a execução não são duas funções estatais coordenadas; são duas etapas hierarquizadas do processo de criação do Direito e, também, duas etapas intermediárias. Tal processo não se limita à legiferação: começa na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, prossegue com a Constituição e, vencidas as etapas sucessivas da lei, do regulamento, do julgamento e do ato administrativo, termina com os atos

de execução material (*Vollstreckungsakte*) desses últimos. Esta enumeração, na qual só nos debruçamos sobre as fases intra-estatais, só é citada aqui para mostrar resumidamente as principais etapas do processo no qual o Direito regula sua própria criação e o Estado se cria e se recria constantemente com o Direito. A Constituição, a lei, o regulamento, o ato administrativo, o julgamento e o ato da execução são, simplesmente, estágios típicos da formação da vontade coletiva no âmbito do Estado moderno. Certamente, pode ocorrer que a realidade se afaste desse tipo ideal. Entre as possíveis modificações do processo-padrão de criação do Direito, por exemplo, pode ocorrer que não seja necessária a inserção de um regulamento, i.e., de uma norma geral emanada das autoridades administrativas, entre a lei e o ato individual; ou, ainda, que o regulamento seja expedido ao amparo direto da Constituição, em vez de sê-lo em execução de uma lei. No entanto, adotaremos aqui, em princípio, a hipótese do processo-padrão acima descrito.

Uma vez que, no essencial, a Constituição rege a feitura da lei, a legiferação é, em relação à Carta Suprema, aplicação do Direito. Ao contrário, em relação ao regulamento e outros atos subordinados à lei, a legiferação é criação de Direito. Da mesma maneira, o regulamento é aplicação do Direito em relação à lei e criação de Direito em relação ao julgamento e ao ato administrativo, que o aplicam. Esses são, por sua vez, aplicação do Direito, se olharmos para cima, e criação de Direito, se olharmos para baixo, ou seja, em relação aos atos pelos quais são executados (*vollstreckt*).

O Direito, ao longo de seu percurso entre a Constituição e os atos de execução material (*Vollstreckungsakte*), vai concretizando-se continuamente. A Constituição, a lei e o regulamento são normas jurídicas gerais, mas o julgamento e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais.

A liberdade do legislador, subordinado apenas à Constituição, só conhece limitações relativamente inexpressivas, o que lhe dá um poder de criação relativamente amplo. E, a cada escalão transposto ao descer na ordem jurídica, vai modificando-se a relação liberdade/limitação, em favor desta: vai aumentando o grau de aplicação e diminuindo o de liberdade.

2. Destarte, cada escalão da ordem jurídica é tanto uma produção de Direito, em relação ao escalão imediatamente inferior, quanto uma reprodução do Direito, em relação ao escalão imediatamente superior.

A idéia de regularidade aplica-se a cada escalão, na medida em que esse é aplicação ou reprodução do Direito, uma vez que a regularidade é apenas a relação de correspondência entre um escalão inferior e outro escalão superior na ordem jurídica. Não é somente na relação existente entre atos de execução material (*Vollstreckungsakte*) e normas individuais – decisão administrativa e julgamento – ou entre esses atos de execução (*Vollziehungsakte*) e as normas gerais, legais ou regulamentares, que se pode postular a regularidade e garantias técnicas capazes de assegurá-la, como também nas relações existentes entre o regulamento e a lei e, ainda, entre a lei e a Constituição. Por isso, garantias de legalidade dos regulamentos e de

constitucionalidade das leis são tão concebíveis quanto garantias de regularidade dos atos jurídicos individuais.

Garantias da Constituição são, portanto, garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, ou seja, no essencial, garantias de constitucionalidade das leis.

3. O fato de garantias constitucionais serem almeçadas e de que essa questão seja debatida cientificamente ainda hoje – ou, melhor dito, apenas hoje – se deve a razões teóricas e, também, a razões políticas. Por um lado, há pouco tempo que apareceu na doutrina a idéia de estrutura hierárquica do Direito ou, o que vem a ser o mesmo, da natureza jurídica de todas as funções estatais e de suas relações recíprocas. Por outro lado, decorre de motivos políticos o fato de o Direito dos Estados modernos, que possui numerosos institutos destinados a assegurar a legalidade da execução, só adotar medidas muito limitadas para garantir a constitucionalidade das leis e a legalidade dos regulamentos. Esses motivos, por sua vez, não deixam de influenciar a formação da doutrina, doutrina essa que deveria ser a primeira a prestar esclarecimentos sobre a possibilidade e a necessidade de tais garantias.

Tal fenômeno ocorre, particularmente, nas democracias parlamentares da Europa que se originaram de monarquias constitucionais. A teoria jurídica da monarquia constitucional, neste momento em que essa forma de Estado está passando para o segundo plano, ainda exerce forte influência. Seja de maneira consciente – nos casos em que se deseja organizar a República segundo o modelo da monarquia, com um poder presidencial forte –, seja de forma inconsciente, a doutrina do constitucionalismo determina, em larga medida, a teoria do Estado. Como a monarquia constitucional nasceu da monarquia absoluta, em muitos pontos sua doutrina é norteadada pelo desejo de apresentar a redução de poder imposta ao monarca, outrora absoluto, como algo mínimo, tão insignificante quanto possível, ou até de escamoteá-la por inteiro. Na monarquia absoluta, a distinção entre o nível da Constituição e o da lei pode existir, em teoria; mas, na prática, ela não desempenha qualquer função, pois a Constituição se limita ao preceito de que qualquer manifestação da vontade do monarca é uma norma jurídica compulsória. Com isso, não existe forma constitucional particular, i.e., normas jurídicas que sujeitem a regras diferentes a feitura da lei e a revisão da Constituição. Nesse tipo de Estado, o problema da constitucionalidade das leis simplesmente carece de sentido. A transição para a monarquia constitucional acarreta uma modificação decisiva a esse respeito, expressa de forma muito característica na designação “monarquia constitucional”. A nova e maior importância de que se reveste a noção de Constituição, a existência de uma regra – a própria Constituição – impondo certa maneira de fazer as leis – com a colaboração dos representantes da Nação –, o fato de que essa regra não pode ser alterada tão facilmente como outras regras gerais de direito – as leis –, havendo assim, ao lado da forma legal ordinária, uma forma especial

mais difícil – a forma constitucional, com maioria qualificada, aprovação mediante múltiplas votações, assembleia constituinte especial, tudo isso é manifestação de um deslocamento do poder de decisão. Poder-se-ia pensar, com isso, que a monarquia constitucional seria um terreno de eleição para a afirmação enérgica do problema da constitucionalidade das leis e, daí, das garantias da Constituição. O que se viu foi exatamente o oposto. A doutrina constitucionalista jogou um véu sobre o novo estado de coisas que ameaçava o poder do monarca. Em contraste com a realidade constitucional, essa doutrina apresenta o monarca como o fator único ou, no mínimo, como o fator verdadeiro da legislação, declarando que a lei não é senão expressão de sua vontade e que a função do Parlamento se reduz a uma adesão mais ou menos necessária, secundária, não essencial. Exemplo disso é a famosa tese do “princípio monárquico” elaborada por essa doutrina, que não se deduz da Constituição mas é, por assim dizer, introduzida nessa desde fora para permitir que a Lei Suprema seja interpretada em certo sentido político ou, para ser mais exato, para adular o Direito positivo graças a uma ideologia a ele alheia. Outro exemplo é a famosa distinção entre o *mandamento* inerente à lei, que emanaria apenas do monarca, e o *conteúdo* da lei, que resultaria de acordo entre o monarca e os representantes da Nação. Em decorrência desse método, não se considera imperfeição técnica da Constituição mas, ao contrário, interpretação correta de seu sentido profundo o fato de que uma lei tenha que ser considerada eficaz apenas porque foi publicada no *Boletim das Leis* com a assinatura do monarca, independentemente de terem sido atendidas ou não as prescrições relativas a sua aprovação pelo Parlamento. Assim fazendo, reduz-se para quase nada – ao menos, em teoria – o progresso capital que é a passagem da monarquia absoluta para a monarquia constitucional e, em todo caso, também se reduz o problema da constitucionalidade das leis e das garantias dessa constitucionalidade. A inconstitucionalidade de uma lei assinada pelo monarca ou, *a fortiori*, sua anulação por esse motivo não podem absolutamente aparecer à consciência jurídica como questões de interesse na prática. Além disso, a doutrina constitucionalista – apoiando-se muito menos no texto da Constituição do que na referida ideologia – reivindica para o monarca não só o poder de sancionar os diplomas legais como também – com esse poder e dentro desse poder – a exclusividade da promulgação das leis. Ao assinar a lei aprovada pelo Parlamento, estaria o monarca atestando a constitucionalidade da feitura da lei. Existiria assim, segundo essa doutrina, certa garantia, ao menos quanto a uma parte do processo legislativo; mas a função de controle caberia, justamente, à instância que deveria ser controlada. A referenda aposta pelo ministro, sem dúvida, acrescenta mais uma responsabilidade ao ato do monarca. Mas, na monarquia constitucional, a responsabilidade ministerial, se dirigida contra atos do monarca, carece de interesse prático; e um ministro não pode ser responsabilizado por vícios do processo legislativo, que compete ao

Parlamento, uma vez que foi esse mesmo Parlamento que realizou o processo legislativo.

A teoria, ainda muito difundida e defendida sob os mais diversos argumentos, segundo a qual é preciso retirar dos órgãos de aplicação do Direito o exame da constitucionalidade das leis, incumbindo os tribunais de verificar, quando muito, a regularidade da publicação, teoria segundo a qual o poder de promulgação do chefe do Estado é garantia suficiente da constitucionalidade da feitura das leis, essa teoria e a consagração dessas idéias políticas pelo Direito positivo, nas próprias constituições das Repúblicas de hoje, não se devem, por fim, à doutrina constitucionalista, cujas idéias influenciaram, de forma mais ou menos consciente, a organização das democracias modernas.

II – A NOÇÃO DE CONSTITUIÇÃO

4. A questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, i.e., da regularidade dos escalões da ordem jurídica a ela imediatamente subordinados, só pode ser resolvida por quem tenha uma noção clara do que é uma Constituição. Essa noção só pode ser fornecida pela teoria, que aqui desenvolvemos, da estrutura hierárquica (*Stufenbau*) da ordem jurídica. Não há exagero, inclusive, em afirmar que só ela permite entender o sentido imanente dessa noção fundamental de “Constituição”, já divisada pela teoria do Estado da Antigüidade, porquanto essa noção implica a idéia de hierarquia das formas jurídicas.

Um núcleo permanente perspassa as múltiplas transformações sofridas pela noção de Constituição: a idéia de um princípio supremo, que determina a ordem estatal em sua totalidade e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Qualquer que seja a definição da Constituição, essa é sempre o alicerce do Estado, a base da ordem jurídica que se pretende abarcar. O que sempre, e em primeiro lugar, se entende por Constituição – nisso coincidindo essa noção com a de forma do Estado – é um princípio em que se expressa juridicamente o equilíbrio das forças políticas do momento, uma norma que regula a elaboração das leis, das normas gerais em execução das quais atuam os órgãos estatais – tribunais e autoridades administrativas. Essa regra da criação das normas jurídicas essenciais do Estado, da determinação dos órgãos e do processo legislativo forma a Constituição, no sentido próprio, original e estrito do termo. É a base indispensável das normas jurídicas que regulam a conduta recíproca dos membros da comunidade estatal e das normas que determinam os órgãos encarregados de aplicá-las e impô-las, assim como a forma de atuação desses órgãos; em suma, a Constituição é a base fundamental da ordem estatal.

Daí que se deseje dar-lhe a maior estabilidade possível, distinguir as normas constitucionais das normas legais, sujeitando sua revisão a

procedimento especial, que comporta requisitos de mais difícil atendimento. Assim é que aparece uma distinção entre a forma constitucional e a forma legal ordinária. Pode-se dizer, inclusive, que apenas a Constituição, no sentido estrito e próprio do termo, se reveste dessa forma especial ou – como se diz habitualmente, se não acertadamente – que 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 constitucional também seja usada para normas que não fazem parte da Constituição no sentido estrito, em primeiro lugar para normas reguladoras, não da criação, mas do conteúdo das leis. Disso resulta a noção de Constituição no sentido lato. É a noção a que se recorre quando as Constituições modernas contêm, além das regras relativas aos órgãos e ao processo legislativo, uma enumeração de direitos fundamentais da pessoa ou de liberdades individuais. Com isso – este é o sentido primordial, embora não exclusivo, dessa prática – a Constituição define princípios, orientações e limites para o conteúdo das leis que se venham a fazer. Ao proclamar a igualdade dos cidadãos perante a lei, a liberdade de opinião, a liberdade de consciência, a inviolabilidade da propriedade, sob a forma habitual de garantia, dada aos sujeitos, de um direito subjetivo à igualdade, à liberdade, à propriedade etc., a Constituição dispõe, no fundo, que as leis, além de serem elaboradas da maneira por ela prescrita, não poderão conter qualquer disposição que atente contra a igualdade, a liberdade, a propriedade etc. Destarte, a Constituição não é apenas regra processual, é também regra de fundo. Em conseqüência, uma lei pode ser inconstitucional em razão de alguma irregularidade processual cometida em sua feitura ou porque seu conteúdo contraria os princípios ou orientações formulados na Constituição, extrapolando os limites nela estabelecidos.

Por isso, distingue-se amiúde a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material das leis. Tal distinção só pode ser aceita com a ressalva de que a chamada inconstitucionalidade material é, em última análise, uma inconstitucionalidade formal: uma lei cujo conteúdo fere as prescrições da Constituição deixaria de ser inconstitucional se fosse aprovada como uma lei de natureza constitucional. A única questão real, portanto, é saber se é preciso observar a forma legal ou a forma constitucional. Se o Direito positivo não fizer distinção entre essas, o estabelecimento de princípios, orientações e limites para o conteúdo das leis não tem sentido jurídico, é apenas uma aparência motivada por razões políticas, como são – aliás, as liberdades constitucionalmente garantidas nos casos – não raros – em que a Constituição permite que sejam restritas pela legislação ordinária.

5. As disposições constitucionais relativas ao processo e ao conteúdo das leis só podem ser precisadas em leis. Assim sendo, as garantias da Constituição não são senão meios de evitar leis inconstitucionais. Mas quando – valendo-se da idéia de forma constitucional – a noção de

Constituição passa a abranger outros objetos além do processo legislativo ou princípios relativos ao conteúdo das leis, possibilita-se que a Constituição se concretize em formas jurídicas outras que não as leis, particularmente em regulamentos ou, até, em atos jurídicos individuais. O conteúdo da Constituição pode tornar uma lei inútil, assim como uma lei pode ser tal que possa ser aplicada mediante atos administrativos ou jurisdicionais sem que haja necessidade de um regulamento. Por exemplo, pode a Constituição dispor que, dentro de condições exatamente determinadas, normas gerais sejam editadas não por uma votação do Parlamento, mas por um ato do governo; são os regulamentos de necessidade, que ficam no mesmo escalão que as leis, têm a mesma força que as leis, as substituem e as alteram e ficam imediatamente subordinados à Constituição, o que não se dá com os meros regulamentos complementares, que podem, como as leis, ser imediatamente inconstitucionais e contra os quais devem, conseqüentemente, atuar as garantias constitucionais, como o fazem contra as leis inconstitucionais.

Nada se opõe, por outro lado, a que sejam expedidas na forma constitucional normas que contenham não apenas princípios, orientações, limites para o conteúdo das leis a serem editadas, por isso suscetíveis de serem concretizadas somente por leis, mas que, ao contrário, regulem a matéria de forma tão completa que sejam imediatamente aplicáveis aos casos concretos mediante atos jurisdicionais e, mais ainda, atos administrativos. Assim ocorre quando a Constituição – nesse sentido ampliado – determina o modo pelo qual se designam certos órgãos executivos supremos – Chefe do Estado, Ministros, Tribunais superiores etc. – de tal forma que possam esses órgãos ser criados sem intervenção de qualquer regra de detalhe complementar à Constituição – seja lei ou regulamento – em aplicação imediata da própria Constituição. Essa matéria, de fato, parece estar inserida na noção corrente de Constituição. Tradicionalmente, entende-se por Constituição – no sentido material – não somente as regras relativas aos órgãos e processo legislativos, como também as que dizem respeito aos órgãos executivos supremos e, outrossim, à determinação das relações de princípio entre o Estado e seus súditos – pelo que se designa simplesmente a enumeração dos direitos fundamentais, i.e., para usar uma expressão juridicamente correta, certos princípios relativos ao conteúdo das leis. A prática dos Estados modernos também coincide com esta noção – e essas três partes soem constar de suas Constituições.

Se for o caso, não apenas normas gerais – leis ou regulamentos – mas, também, atos individuais ficam imediatamente subordinados à Constituição e podem, por isso, ser imediatamente inconstitucionais. Naturalmente, pode-se ampliar à vontade o número de atos individuais imediatamente subordinados à Constituição; para tanto, basta revestir da forma constitucional, por quaisquer razões políticas, normas jurídicas diretamente aplicáveis aos casos concretos, por exemplo, votar as leis relativas às

associações ou às igrejas como leis constitucionais. Embora uma garantia da regularidade dos atos de execução dessas leis tenha, formalmente, caráter de garantia constitucional, é evidente que, por ter sido a noção de Constituição estendida excessivamente além de seu domínio original e, por assim dizer, natural – domínio esse resultante da teoria da estrutura hierárquica do Direito –, a garantia específica da Constituição, cuja organização técnica – a justiça constitucional – estudaremos mais adiante, não pode inserir-se simplesmente neste contexto, porquanto o caráter individual do ato inconstitucional embasaria evidente concurso da justiça constitucional com a justiça administrativa, sistema de medidas destinadas a garantir a legalidade da execução e, particularmente, da administração.

6. Em todos os casos examinados até aqui tratamos de atos imediatamente subordinados à Constituição e, portanto, de fatos de inconstitucionalidade imediata. De tais atos, distinguem-se nitidamente aqueles que já não são imediatamente subordinados à Constituição e, por isso, só podem ser mediatamente inconstitucionais.

Quando a Constituição estabelece expressamente o preceito da legalidade da execução (*Vollziehung*) em geral e dos regulamentos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo – de forma indireta – constitucionalidade, e *vice-versa*. Assinalemos aqui, em particular, por tratar-se de norma geral, o regulamento complementar, cuja função de garantia da legalidade também pode ser colocado, por motivos que examinaremos mais adiante, entre as funções da justiça constitucional. Também cumpre assinalar que a inconstitucionalidade direta nem sempre é facilmente distinguível da inconstitucionalidade indireta: entre os dois tipos, podem existir formas mistas ou intermediárias. É o que ocorre, por exemplo, quando a Constituição autoriza imediatamente, diretamente, todas as autoridades administrativas, ou algumas delas, nos limites de sua competência, a expedir regulamentos de execução das leis que devem aplicar. Neste caso, as autoridades possuem um poder regulamentar imediatamente conferido pela própria Constituição. Entretanto, a matéria a ser ordenada por elas, ou seja, o conteúdo dos regulamentos por elas expedidos, é determinada pelas leis, que se situam entre essas autoridades e a Constituição. Evidentemente, tais regulamentos complementares devem ser distinguidos, justamente pelo grau de proximidade da Constituição, daquele outro tipo de regulamentos a que nos referimos acima, os que derogam leis ou as substituem, os que são imediatamente subordinados à Constituição e, portanto, só podem ser inconstitucionais, jamais ilegais.

Outro caso: quando a Constituição edita princípios relativos ao conteúdo das leis, por exemplo, enumerando direitos fundamentais, os atos administrativos realizados em aplicação dessas leis podem ser inconstitucionais, mas não no sentido em que pode sê-lo um ato administrativo ilegal. Se, por exemplo, a Constituição dispuser que a desapropriação só poderá ser realizada com plena e inteira indenização e se, num caso concreto,

for realizada uma desapropriação ao amparo de uma lei perfeitamente constitucional – que, ela também, estabeleça o princípio de plena indenização –, mas deixando de cumprir o disposto nessa lei – ou seja, sem pagar indenização –, o ato administrativo não será ilegal e, em consequência, indiretamente inconstitucional no sentido ordinário: esse ato terá sido realizado não apenas de forma contrária à lei e, daí, ao princípio constitucional geral da legalidade da execução, como também de forma contrária a um princípio especial expressamente estabelecido pela Constituição – o de que toda desapropriação deve ser acompanhada de plena e inteira indenização – extrapolando assim esse limite especial imposto ao legislador pela Constituição. Nessas condições, seria compreensível que se mobilizasse, contra os atos ilegais dessa natureza, algum instituto com função de garantia constitucional.

O princípio constitucional da legalidade da execução não significa apenas que todo ato de execução deve guardar conformidade com a lei mas também, essencialmente, que esse ato só pode ser praticado em virtude de uma lei, se for autorizado por uma lei. Conseqüentemente, se uma autoridade estatal – seja ela tribunal ou agente administrativo – praticar um ato sem qualquer base legal, tal ato não é propriamente ilegal, porquanto não há lei pela qual se possa apreciar sua legalidade: esse é um ato “sem lei” e, como tal, imediatamente inconstitucional. Não importa que esse ato “sem lei” deixe de referir-se a alguma lei, ou que se refira a uma lei meramente fictícia, como por exemplo no caso de uma administração que desapropriaria um imóvel urbano invocando uma lei que autoriza desapropriar imóveis rurais para fins de reforma agrária. Embora este caso se distinga nitidamente do caso, acima examinado, de desapropriação ilegal por falta de indenização, convém não esquecer que, em geral, não é muito clara a fronteira entre atos “sem lei”, por isso imediatamente inconstitucionais, e atos ilegais, conseqüentemente evitados de inconstitucionalidade apenas mediata.

7. Além das leis, de certos regulamentos e dos atos individuais de execução que apresentam os caracteres acima referidos, devemos considerar os tratados internacionais como outra forma jurídica imediatamente subordinada à Constituição. As Constituições soem conter prescrições relativas à feitura dos tratados: autorizam o chefe do Estado a celebrá-los, conferem ao Parlamento o direito de aprová-los, exigem que sejam transformados em lei para ter validade interna etc. Os princípios constitucionais relativos ao conteúdo das leis também valem para os tratados internacionais ou, pelo menos, poderão valer para eles – pode-se imaginar que o Direito positivo os exclua dessas disposições. Deve-se considerar que os tratados internacionais mantêm com a Constituição exatamente a mesma relação que as leis. Podem ser imediatamente inconstitucionais, seja formalmente – devido a sua feitura –, seja materialmente – devido a seu conteúdo. Aliás, não importa o tratado ter caráter geral ou individual.

Entretanto, não se pode determinar de forma perfeitamente unívoca o lugar ocupado pelo tratado internacional no edifício da ordem jurídica. Só se pode interpretá-lo como norma imediatamente subordinada à Constituição, por ela determinada, supondo que essa Constituição seja o escalão supremo, vale dizer, adotando o ponto de vista da primazia do Direito interno. Porém, se superarmos tal ponto de vista e adotarmos a idéia da superioridade do Direito internacional sobre as diversas ordens estatais, ou seja, da primazia da ordem jurídica internacional, o tratado internacional passa a ser uma ordem jurídica superior aos Estados signatários, criada em conformidade 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 de relações exteriores, Parlamntos etc.), o Direito internacional delega as diversas ordens estatais ou sua Constituição. Nesse aspecto, o tratado tem preeminência sobre a lei e, inclusive, sobre a Constituição, porquanto pode derogar uma lei ordinária ou constitucional, sendo impossível o contrário. Pelas regras do Direito internacional, um tratado só pode perder sua força obrigatória em virtude de outro tratado ou de certos fatos por ele definidos; não a perde em virtude de ato unilateral de uma das partes contratantes, como uma lei. Se uma lei, lei constitucional inclusive, for contrária a um tratado, ela é irregular, ou seja, contrária ao Direito internacional. Opõe-se imediatamente ao tratado e, mediatamente, ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Naturalmente, outros atos estatais, além de leis, podem ser contrários ao Direito internacional, por violarem, mediata ou imediatamente, o princípio de observância das convenções ou das outras regras do Direito internacional geral. Por exemplo, se admitirmos que existe uma regra de Direito internacional pela qual os estrangeiros só podem sofrer desapropriação mediante plena e inteira indenização, toda e qualquer lei constitucional, lei ordinária, ato administrativo estatal ou decisão judicial que determine a desapropriação de bens de estrangeiro sem indenização ferirá o Direito internacional. Cumpre assinalar, aliás, que o próprio Direito internacional não proclama a nulidade dos atos estatais a ele contrários e ainda não elaborou procedimento para sua anulação por um tribunal internacional. Por isso, esses atos permanecem válidos até serem anulados mediante processo estatal. Em última análise, o Direito internacional não dispõe de outra sanção que a guerra, sanção essa que não faz desaparecer o ato contrário a suas regras. Mas isso não impede que o Direito internacional, se admitirmos sua supremacia, possa constituir um padrão de avaliação da regularidade de todas as normas estatais, inclusive da norma suprema, a Constituição.

III – AS GARANTIAS DE REGULARIDADE

8. Suficientemente esclarecida a noção de Constituição e, com isso, a própria natureza da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, podemos

examinar a questão das garantias que podem ser empregadas para proteger a Constituição.

São elas as garantias gerais desenvolvidas pela técnica jurídica no que diz respeito à regularidade dos atos estatais em geral. Podem ser preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas.

- a) As garantias preventivas tendem a prevenir a elaboração de atos irregulares. As garantias repressivas reagem contra o ato irregular já realizado; tendem a impedir sua reiteração, reparar o dano por ele causado e, eventualmente, substituí-lo por um ato regular.

Naturalmente, esses dois elementos também podem ficar reunidos em uma medida única de garantia.

Entre as numerosíssimas garantias meramente preventivas que podem existir, destaca-se e deve ser mencionada em primeiro lugar a organização em forma de tribunal da autoridade criadora do Direito, garantindo a independência desse órgão, por exemplo, mediante a inamovibilidade de seus membros. Tal independência consiste em que o órgão não possa ser juridicamente constrangido, no exercício de suas funções, por qualquer norma individual (ordem) emanada de outro órgão ou, em especial, de um órgão superior ou pertencente a outro grupo de autoridades. Com isso, o órgão só tem que submeter-se às normas gerais, principalmente às leis e regulamentos legais. Outra questão é o poder de controlar as leis e os regulamentos que se outorga ao tribunal. A idéia, muito difundida ainda, de que a regularidade da jurisdição pode ser assegurada desta maneira assenta na hipótese, errônea, de que do ponto de vista jurídico, ou seja, da teoria e da técnica jurídica, haveria uma diferença de natureza entre a justiça e a administração. Ora, acontece que do ponto de vista de sua relação com as normas dos escalões superiores – relação essa que é decisiva para o postulado da regularidade do exercício da função –, não se distingue tanta diferença assim entre administração e jurisdição nem, inclusive, entre execução e legiferação. A distinção entre jurisdição e administração reside, única e exclusivamente, no modo de organização dos tribunais. Prova de tal é a existência da justiça administrativa, que consiste em que atos administrativos, normalmente realizados por autoridades administrativas, sejam efetuados por tribunais; ou, ainda, em que a regularidade dos atos realizados pelas autoridades administrativas seja controlada por um tribunal, sendo esses atos anulados quando considerados irregulares ou, eventualmente, reformados, i.e., substituídos por um ato regular. A tradicional oposição entre justiça e administração e o conseqüente dualismo da máquina estatal de execução só podem ser explicados por motivos históricos e estão fadados a desaparecer, segundo apontam, salvo engano, indícios de uma tendência à unificação dessa máquina. Do mesmo modo, só a História pode explicar que se enxergue, na independência de um órgão em relação às ordens de outro órgão, uma garantia de exercício regular de suas funções.

A organização sob forma de tribunal do órgão de criação do Direito é não somente a garantia preventiva mais característica da regularidade dos atos a serem realizados, como também a primeira do grupo daquelas que denominamos garantias pessoais. As outras garantias são a responsabilidade penal, disciplinar, assim como a responsabilidade cível do órgão que tenha elaborado um ato irregular.

b) As garantias objetivas, dotadas de acentuado caráter repressivo, são a nulidade ou a anulabilidade do ato irregular.

A nulidade consiste em que um ato, que pretende ser um ato jurídico e, em especial, um ato estatal, não o é objetivamente, por ser irregular, i.e., por não satisfazer às condições prescritas por uma norma jurídica de escalão superior. No ato nulo há, de saída, carência de qualquer caráter jurídico: assim sendo, não há necessidade de outro ato jurídico para privá-lo da qualidade, usurpada, de ato jurídico. Se houvesse tal necessidade, não estaríamos lidando com nulidade, mas com anulabilidade. É facultado a qualquer pessoa, seja ela autoridade pública ou simples sujeito, examinar, em quaisquer circunstâncias, a regularidade do ato nulo, declará-lo irregular e, em conseqüência, tratá-lo como algo não válido, não obrigatório. Só na medida em que o Direito positivo limita esse poder de examinar qualquer ato pretensamente jurídico e decidir quanto a sua regularidade, reservando tal poder para certas instâncias, atuantes em certas condições, é que um ato eivado de qualquer vício jurídico pode não ser considerado nulo, *a priori*, mas apenas anulável. Se não existisse essa limitação, qualquer ato jurídico eivado de vício deveria ser considerado nulo, ou seja, como não sendo ato jurídico. De fato, os diversos Direitos positivos põem restrições muito severas a esse poder, em princípio pertencente a qualquer do povo, de tratar como nulos os atos irregulares. Em geral, os atos dos particulares e os das autoridades não são tratados da mesma maneira no que tange a esse poder. A grosso modo, constata-se certa tendência a tratar os atos das autoridades públicas, ainda que irregulares, como atos válidos e obrigatórios até que os apague outro ato, emanado de outra autoridade. A questão da regularidade ou irregularidade dos atos das autoridades não deve ser decidida, sem mais, pelo sujeito ou órgão estatal a que se destinam, no intuito de serem cumpridos, mas sim pela própria autoridade de que emana o ato cuja regularidade se contesta ou, ainda, por outra autoridade, cuja deliberação é provocada mediante determinado procedimento.

Este princípio, acolhido em maior ou menor medida pelos diversos Direitos, que podemos denominar princípio de autolegitimação (*Selbstlegitimation*) dos atos das autoridades públicas, comporta certos limites. Não pode o Direito positivo decidir que qualquer ato que se apresenta como ato de autoridade pública será indistintamente considerado como tal até que seja anulado, como irregular, por ato emanado de outra autoridade. Seria evidentemente absurdo impor semelhante procedimento para a anulação, *verbi gratia*, de ato emanado de pessoa totalmente desprovida da

qualidade de autoridade pública. Mas, por outro lado, tampouco se pode considerar nulo *a priori* qualquer ato emanado de autoridade incompetente, ou composta de maneira irregular ou, ainda, mediante processo irregular. O problema difícilimo, tanto teórica quanto tecnicamente, da nulidade absoluta, só se insere na questão das garantias constitucionais na medida em que é preciso afirmar que a nulidade – que não pode nunca ser totalmente excluída pelo Direito positivo – também pode existir em atos imediatamente subordinados à Constituição e que, por isso, a nulidade desses atos é também, de certa maneira, uma garantia da Constituição.

Nem os sujeitos, nem as autoridades públicas devem considerar como lei qualquer ato que assim se intitule. É inegável que podem existir atos que, de lei, só tenham a aparência. Mas não se pode definir com uma fórmula teórica geral o limite a separar o ato nulo *a priori*, que é uma pseudolei, do ato legislativo eivado de algum vício, porém válido – como uma lei inconstitucional. Só o Direito positivo poderia empreender essa tarefa; mas não o faz, em geral, ou pelo menos não o faz de forma consciente ou precisa. As mais vezes, transfere o ônus de responder a questão para a autoridade incumbida de deliberar quando algum indivíduo – sujeito ou órgão estatal – se recusa a observar o ato, argumentando tratar-se de pseudolei. Basta essa transferência de competência para que o ato impugnado passe da esfera da nulidade absoluta à da simples anulabilidade. Pois, a decisão da autoridade de que um ato, que não se quis observar, não era de fato um ato jurídico, só pode ser considerada uma anulação desse ato, com certo efeito retroativo. As coisas não são diferentes quando o Direito positivo estabelece um mínimo de condições a serem satisfeitas para que o ato jurídico não seja nulo *a priori*; este é o caso, por exemplo, quando a Constituição assenta que terá força de lei tudo aquilo que for publicado no Diário Oficial com o título de lei, independentemente de outras irregularidades porventura presentes, até que seja anulado por uma instância habilitada para tal. Afinal, sempre temos uma autoridade pública encarregada de declarar, de forma autêntica, que as condições mínimas foram ou não foram satisfeitas; do contrário, todo mundo poderia furtar-se a obedecer as leis com a simples alegação de que essas não são leis.

Desde o ponto de vista do Direito positivo, a situação daquele a quem se dirige um ato com a pretensão de ser obedecido é, sem exceção, a seguinte: se o tiver por nulo, pode deixar de observá-lo, mas sempre por conta e risco próprios. Ou seja, corre ele o risco de que, sendo processado por desobediência, a autoridade julgadora não considere nulo o ato, ou declare que foram satisfeitas as condições impostas pelo Direito positivo para sua validade, sem prejuízo da possibilidade de anulá-lo mais tarde. Do contrário, a decisão da autoridade importa cassação do ato, com efeito retroativo ao momento de sua realização. Impõe-se essa interpretação porque a decisão resulta de um processo em que está em jogo a nulidade do ato, de início simplesmente afirmada pelo réu, não havendo assim como admitir a nulidade

antes da conclusão do processo, que pode denegá-la. Impõe-se, outrossim, porque essa decisão terá necessariamente caráter constitutivo, ainda quando o acórdão pronuncie a nulidade do ato. Desde o ponto de vista do Direito positivo, ou seja, da autoridade que se pronuncia sobre o ato alegadamente nulo, só existe anulabilidade, até porque se pode apresentar a nulidade como um caso extremo de anulabilidade, uma anulação com efeito retroativo.

A anulabilidade do ato irregular significa que é possível apagá-lo, assim como suas conseqüências jurídicas. Na verdade, a anulação comporta diversos graus de alcance e de efeito no tempo.

Sob o primeiro desses aspectos, pode a anulabilidade – como primeira solução – limitar-se a um caso concreto. No caso de um ato individual, isso é óbvio. O mesmo não se dá no caso de uma norma geral. A anulação de uma norma geral restringe-se ao caso concreto quando as autoridades – sejam elas tribunais ou autoridades administrativas – que deveriam aplicar a norma podem ou devem negar-se a aplicá-la em determinado caso porque a julgam irregular. Em conseqüência, podem ou devem atuar, no caso, como se a norma não estivesse em vigor e, quanto ao resto, considerar que a mesma norma está em vigor e deve ser aplicada, em outros casos, por outras autoridades se estas não tiverem competência para examinar sua regularidade ou a julgarem regular. Se a autoridade encarregada de aplicar a norma geral pode retirar sua validade para o caso concreto, quando reconhece sua irregularidade, ela dispõe efetivamente do poder de anulá-la – pois que apagar a validade de uma norma e anulá-la são a mesma coisa –, mas esta anulação é meramente parcial e limitada à espécie. Essa é a situação dos tribunais – não das autoridades administrativas – no que tange aos regulamentos, nos termos de muitas Constituições modernas. Os tribunais, no entanto, nem de longe possuem poderes de controle tão extensos em relação às leis. As mais vezes, não podem julgar da regularidade, i.e., da constitucionalidade das leis sob todos os aspectos, mas apenas verificar a regularidade de sua publicação; em conseqüência, só podem denegar sua aplicação em concreto devido a alguma irregularidade nessa publicação. São evidentes os defeitos e a insuficiência de uma anulação desse tipo, que se limita à espécie. O primeiro resultado disso são a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito; essa insegurança é percebida, de forma muito desagradável, quando um tribunal deixa de aplicar um regulamento ou, até, uma lei, julgada irregular, e outro tribunal faz o oposto, sendo ainda vedado às autoridades administrativas negar-se a aplicar essa norma se tiverem que intervir no caso. Certamente, justifica-se sob todos os aspectos a centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais. Mas, uma vez entregue esse controle a uma autoridade única, pode-se trocar o sistema da anulação em concreto pelo da anulação total, ou seja, para todos os casos em que se deveria aplicar a norma. Escusado dizer que tão considerável poder só deve ser entregue a uma instância central suprema.

Quanto ao alcance no tempo, pode a anulação limitar-se ao futuro ou, ao contrário, abranger também o passado, i.e., retroagir ou não. Naturalmente, essa diferença só faz sentido para os atos que têm conseqüências jurídicas duradouras, sendo significativa sobretudo para a anulação de normas gerais. O ideal da seguridade jurídica exige que, em geral, só se atribua efeito *pro futuro* à anulação de uma norma geral irregular, ou seja, a partir dessa anulação. Há que estudar a possibilidade, inclusive, de a anulação só entrar em vigor ao termo de determinado prazo. Assim como podem existir razões válidas para antepor uma *vacatio legis* à entrada em vigor de uma norma geral – lei ou regulamento, por exemplo –, pode haver bons motivos para que uma norma geral, já anulada, só deixe de vigor decorrido certo prazo depois de sua anulação. No entanto, certas circunstâncias podem tornar necessária uma anulação retroativa. E não devemos pensar somente no caso limite, já considerado, de uma retroatividade ilimitada em que a anulação do ato equivale à sua nulidade, quando o ato irregular deve, na apreciação soberana da autoridade competente para anulá-lo ou em virtude da exigência, pelo Direito positivo, de condições mínimas para sua validade, ser reconhecido como sendo, mera e simplesmente, um pseudo-ato jurídico; devemos sobretudo considerar a possibilidade de haver um efeito retroativo excepcional, limitado a certas espécies ou a determinada categoria de casos.

Para a organização técnica da anulação de um ato, também importa, e muito, saber se a anulação só poderá emanar do próprio órgão que o realizou, ou se ficará a cargo de outro órgão. Considerações de prestígio são, sobretudo, o que leva a optar pela primeira solução. Deseja-se evitar que a autoridade do órgão responsável pela criação da norma irregular, órgão considerado supremo ou que, pelo menos, atua sob o controle e a responsabilidade de um órgão supremo, seja arranhada – sobretudo no caso de uma norma geral – pelo fato de outro órgão ser autorizado a anular um ato seu, sobrepondo-se ao órgão autor, que deveria ser considerado supremo. O que se alega para evitar a anulação dos atos de uma autoridade por outra não é apenas a “soberania” da primeira como, também, o dogma da separação dos poderes. Tal situação ocorre, por exemplo, no controle de atos das autoridades administrativas supremas por uma instância que poderá ser levada a anulá-los e deverá ser alheia à organização administrativa, tendo, por sua função e sua organização, caráter de autoridade jurisdicional independente, ou seja, de tribunal. Em vista do caráter sobremaneira problemático da distinção entre justiça e administração, o argumento da separação dos poderes, neste caso, é tão falho quanto o da “soberania” do órgão. Ambos os argumentos, aliás, desempenham papel particular na questão das garantias da Constituição. Sob o pretexto de que se deve respeitar a soberania do órgão autor de um ato irregular ou a separação dos poderes, deixa-se a anulação ao arbítrio desse mesmo órgão, dando aos interessados apenas o direito de apresentar um requerimento de anulação

desprovido de qualquer força obrigatória, um mero direito de petição. Em outros sistemas, quando existe algum procedimento regular que deve levar à revogação do ato irregular por seu autor, a impetração da demanda só obriga a autoridade a dar início ao processo, não a concluí-lo de determinada maneira, ou seja, anulando o ato impugnado. Essa anulação, assim, cabe ao poder discricionário, embora legalmente vinculado, do próprio órgão que realizou o ato irregular, sem que tal órgão seja controlado por qualquer autoridade superior. Podemos considerar, ainda, um terceiro sistema que, aliás, constitui uma transição para o segundo tipo referido: o mérito da regularidade do ato é julgado por outra autoridade, mas a anulação do ato é competência exclusiva do órgão que o realizou. Esse órgão pode ser juridicamente obrigado, pela decisão do outro órgão, a anular o ato julgado irregular; pode até existir prazo para que execute tal obrigação. Mas esta variante também não oferece garantia suficiente, não é necessário prová-lo de forma mais detalhada. Essa garantia só existe se a anulação do ato irregular for pronunciada imediatamente por um órgão totalmente distinto e independente daquele que fez o ato irregular. Atendo-se à tradicional divisão das funções estatais em legiferação, jurisdição e administração, bem como à divisão conexa do aparelho das autoridades estatais em três grupos de órgãos – um aparelho legislativo, um jurisdicional e um administrativo – é preciso distinguir situações em que a anulação dos atos irregulares ocorre dentro do mesmo aparelho de autoridades – por exemplo, os atos administrativos ou as sentenças irregulares são anuladas por um novo ato administrativo ou um novo juízo, i.e., por um ato emanado de uma autoridade do mesmo grupo de órgãos, autoridade administrativa superior no primeiro caso, autoridade judiciária superior no segundo, de situações em que a autoridade incumbida de anular pertence a outro grupo de órgãos. O recurso hierárquico pertence ao primeiro tipo de situações, a justiça administrativa é exemplo do segundo. É traço característico dos sistemas jurídicos modernos a regularidade dos atos jurisdicionais ser garantida, quase sem exceção, por meios do primeiro tipo. Considera-se que a independência dos tribunais basta para assegurar a regularidade de seus atos.

A anulação do ato irregular faz surgir a questão da substituição desse por um ato regular. Quanto a isso, há que distinguir duas possibilidades técnicas: a autoridade competente para anular pode ter o poder de substituir o ato anulado por um ato regular, tendo assim competência não apenas para anular, como também para reformar. Ou, ao contrário, a elaboração do ato regular pode incumbir à autoridade cujo ato irregular foi anulado. Se essa autoridade ficar sujeita à solução de direito formulada no acórdão anulatório – nos considerandos, por exemplo –, sua independência sofre uma restrição, fato esse que, em caso de anulação de um juízo, não é irrelevante na apreciação da independência dos juízes como garantia específica da regularidade da execução.

IV – AS GARANTIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

Entre as medidas técnicas aqui referidas, que têm por objeto garantir a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional constitui a principal e mais eficaz garantia da Constituição. Tal não significa, entretanto, que não se possa imaginar outros meios de assegurar a garantia dos atos a ela subordinados.

Sem dúvida, a garantia preventiva, pessoal – a organização em forma de tribunal do órgão que realiza o ato – está, de saída, fora de cogitação. A legiferação, que é do que se trata aqui em primeiro lugar, não pode ficar a cargo de um tribunal; nem 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 o da constitucionalidade de seu funcionamento. O que aqui decide é a grande antítese entre democracia e autocracia.

Ao contrário, as garantias repressivas – a responsabilidade constitucional e a responsabilidade civil dos órgãos que por ventura façam atos irregulares – são perfeitamente possíveis; no que diz respeito à legiferação, não é possível responsabilizar o Parlamento em si ou seus membros, posto que um colegiado, por diversas razões, não é sujeito apropriado de responsabilidade penal ou cível. Mas os indivíduos associados à legiferação – chefe do Estado, ministros – podem ser responsabilizados pela inconstitucionalidade das leis, mormente quando a Constituição dispõe que, com a promulgação ou sua referenda, eles assumem a responsabilidade pela constitucionalidade do processo legislativo. De fato, o instituto da responsabilidade ministerial, característico das Constituições modernas, também tem a função de garantir a constitucionalidade das leis; desnecessário dizer que essa responsabilidade pessoal do órgão também pode ser empregada para garantir a legalidade dos regulamentos e, em particular, a regularidade dos atos individuais imediatamente subordinados à Constituição.

No que concerne a esse último quesito, pode-se, outrossim, aventar a possibilidade de existir responsabilidade pecuniária pelos danos decorrentes dos atos irregulares. A história constitucional, entretanto, demonstra que a responsabilidade ministerial não é um instrumento muito eficaz; até as outras garantias pessoais são insuficientes, por não afetarem a força obrigatória do ato irregular, particularmente, a da lei inconstitucional. Em vista de semelhante estado de coisas, é até difícil afirmar que a Constituição esteja assegurada: isso só se pode afiançar quando é possível a anulação dos atos inconstitucionais.

IV.1 A jurisdição constitucional

9. A garantia constitucional é, de todas as hipóteses de garantia da regularidade, aquela em que é maior a tentação de encarregar da anulação dos atos irregulares o próprio órgão que os produziu. Mas é, também, a situação em que tal procedimento parece ser mais contra-indicado: com efeito, a única forma em que esse procedimento parece suscetível de oferecer alguma garantia eficaz de constitucionalidade – declaração da irregularidade do ato por um terceiro órgão e obrigação, imposta ao órgão autor, de anulá-lo – é impraticável, pois o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de forma eficaz. Haveria ingenuidade política em supor que anularia uma lei por ele aprovada apenas porque outra instância a teria declarado inconstitucional. De fato, o órgão legislativo se considera um livre criador de Direito, não um órgão de aplicação do Direito, vinculado à Constituição, embora o seja teoricamente, ainda que em medida relativamente restrita. Assim é que não se deve contar com o Parlamento para implementar sua própria subordinação à Constituição. O órgão que convém incumbir de anular seus atos inconstitucionais deve ser distinto dele, independente dele e, portanto, de qualquer outra autoridade estatal: esse órgão deve ser uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Esse sistema suscita, geralmente, algumas objeções. A primeira, naturalmente, é que semelhante instituto seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas – além de que não cabe preocupar-se com a soberania de determinado órgão estatal, pois a soberania pertence, no máximo, à própria ordem estatal – esse argumento não se sustenta: forçoso é reconhecer que, em suma, a Constituição rege o processo legislativo, exatamente como as leis regem os procedimentos dos tribunais e das autoridades administrativas. A legiferação é subordinada à Constituição, exatamente como a justiça e a administração o são à legislação; por isso, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Aqueles que, pelo contrário, persistem em afirmar que a justiça constitucional é incompatível com a soberania do legislador, apenas desejam dissimular o desejo de potência política do órgão legislativo que, em óbvia contradição com o Direito positivo, não quer ser tolhido pelas normas da Constituição. Ainda quando se aprove essa tendência por razões de oportunidade, não existe argumento jurídico que a possa justificar.

Valor não muito diferente tem a segunda objeção, derivada do princípio de separação dos poderes. A anulação de um ato legislativo por um órgão distinto do órgão legislativo é, de fato, uma ingerência no chamado “poder legislativo”. Tal argumento, entretanto, revelar-se-á muito problemático se considerarmos que o órgão encarregado de anular as leis inconstitucionais, ainda quando organizado como um tribunal – com membros independentes – não exerce realmente uma função jurisdicional. A principal diferença entre

a função jurisdicional e a função legislativa, na medida em que possam ser distinguidas, é que esta cria normas gerais, enquanto aquela só cria normas individuais.³ E anular uma lei equivale a ditar uma norma geral: a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo e, portanto, uma função legislativa. Destarte, o tribunal que tem o poder de anular leis é um órgão do poder legislativo. Assim, pode-se considerar a anulação das leis por um tribunal tanto uma distribuição do poder legislativo entre dois órgãos quanto uma ingerência no poder legislativo. Nesse caso, não se costuma apontar uma violação do princípio de separação dos poderes, como nos casos em que a Constituição de uma monarquia constitucional entrega, em princípio, a função legislativa ao Parlamento juntamente com o monarca mas, em certas hipóteses excepcionais, esse tem o direito de, com seus ministros, ditar ordenanças que constituem exceções às leis. Não cabe examinar agora os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de revelar o verdadeiro sentido desse princípio, que é de manter o equilíbrio das forças políticas na monarquia constitucional. Para mantê-lo na República democrática,⁴ só é razoável levar em conta, entre suas diversas significações, aquela que é bem retratada pela expressão “divisão dos poderes”, expressão essa mais fiel que “separação dos poderes”: a idéia da repartição do poder entre vários órgãos, antes para que se controlem uns aos outros do que para isolá-los uns dos outros. Isso, não apenas para impedir excessiva concentração de poderes nas mãos de determinado órgão – o que ameaçaria a democracia – como também para assegurar a regularidade do funcionamento dos diversos órgãos. Com isso, o instituto da justiça constitucional não contradiz, em absoluto, o princípio de separação dos poderes, sendo pelo contrário uma afirmação dele.

Por isso, é inútil indagar se o órgão encarregado de anular as leis inconstitucionais pode ser um tribunal.

A independência desse órgão em relação ao Parlamento e ao governo é um postulado evidente, na medida em que são eles que, por serem órgãos participantes do processo legislativo, devem ser controlados pela jurisdição constitucional. Caberia, no máximo, examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela também, uma função legislativa, não poderia acarretar certas conseqüências particulares em relação à composição e nomeação dos membros dessa instância. Mas, na realidade, tal não ocorre, pois todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo praticamente não têm mais peso quando se trata de anulação das leis. Aí aparece claramente a distinção entre a elaboração das leis e sua

3 Deixando de atentar para o fato de que a distinção aqui apontada não é distinção de princípio, podendo perfeitamente o legislador – em especial, o Parlamento – ditar normas individuais.

4 NdT: Esta tradução reproduz o uso de maiúsculas do texto-fonte francês, que é tradução intermediária.

simples anulação. Essa anulação ocorre, no essencial, em aplicação das normas da Constituição. Nesse ato está quase totalmente ausente a liberdade de criação que caracteriza a legiferação. Enquanto o legislador só está vinculado à Constituição pelas normas processuais e, só excepcionalmente, pelo conteúdo das leis que deve ditar, devendo observar apenas princípios ou diretrizes gerais, a atuação do legislador da jurisdição constitucional, do legislador negativo, é totalmente determinada pela Constituição. É justamente nisso que sua função se parece, no geral, com a de qualquer outro tribunal: é essencialmente uma aplicação do Direito, é criação de Direito apenas em pequena medida, sendo assim uma função verdadeiramente jurisdicional. Por isso, os princípios essenciais levados em conta para sua constituição são os mesmos que o são na organização dos tribunais e dos órgãos executivos.

Nesse particular, não se pode propor uma solução uniforme para todas as Constituições possíveis, devendo a organização da jurisdição constitucional adaptar-se às peculiaridades de cada uma. Entretanto, pode-se tecer algumas considerações de alcance e valor gerais: o número de seus membros não deverá ser muito grande, pois deverá deliberar sobre questões de direito, cumprindo uma missão puramente jurídica de interpretação da Constituição. Entre as modalidades de recrutamento mais típicas, não há como advogar sem ressalvas a eleição pura e simples pelo Parlamento, nem tampouco a nomeação de responsabilidade exclusiva do chefe do Estado ou do governo. Talvez se possa conjugá-las, por exemplo fazendo com que os juízes sejam eleitos pelo Parlamento em lista elaborada pelo governo, o qual deveria designar vários candidatos para cada vaga a preencher, sendo também possível o inverso. É de suma importância dar, na composição da jurisdição constitucional, o devido lugar a juristas profissionais. Um procedimento interessante para tal seria outorgar às Faculdades de Direito ou a uma comissão de que todas participem o direito de apresentar candidatos para, pelo menos, parte dos cargos ou, ainda, outorgar ao próprio tribunal o direito de apresentar candidatos para cada vaga, que seria provida mediante eleição, i.e., mediante cooptação. Pois o tribunal tem o maior interesse em reforçar sua autoridade, chamando eminentes especialistas. Outrossim, é importante excluir da jurisdição constitucional os membros do Parlamento e do governo, pois são justamente seus atos os que serão controlados por ela. Manter a jurisprudência do tribunal a salvo de toda influência política será uma tarefa tão difícil quanto desejável. Não se pode negar que especialistas também possam – consciente ou inconscientemente – deixar que considerações políticas determinem sua atuação. E, caso seja particularmente sério esse perigo, será quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta – portanto incontrolável – dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo prevendo que parte dos cargos sejam providos pelo Parlamento mediante eleição, proporcionalmente à representação partidária. Se os outros cargos forem atribuídos a especialistas, esses ficarão livres para ater-se muito mais a

considerações meramente técnicas, sabendo que a defesa dos interesses propriamente políticos está a cargo de outros membros.

IV.2 O objeto do controle jurisdicional de constitucionalidade

10.I – As leis argüidas de inconstitucionais são o principal objeto da justiça constitucional.

Há que entender por leis os atos assim denominados que emanam dos órgãos legislativos, ou seja, nas democracias modernas, dos Parlamentos centrais e – no caso de um Estado federal – locais.

Devem ser submetidos ao controle da jurisdição constitucional todos os atos em forma de lei, inclusive os que só contêm normas individuais e, por exemplo, o orçamento e todos aqueles que, por alguma razão, tendem a ser vistos como meros atos administrativos pela doutrina tradicional, a despeito de terem forma de lei. O controle de sua regularidade não pode ser entregue a qualquer outra instância que não a jurisdição constitucional. Essa deve dispor do poder de verificar, inclusive, outros atos do Parlamento que, sem terem necessariamente forma de lei – não sendo exigida sua publicação no Diário Oficial –, têm caráter obrigatório nos termos da Constituição, por exemplo o regimento interno do Parlamento, a matéria orçamentária (se essa não for aprovada em forma de lei) e outros atos semelhantes.

Esse poder de verificação também deve exercer-se em todos os atos que pretendem valer como leis mas não são leis, por falta de qualquer requisito essencial, – desde que não eivados de nulidade absoluta, caso no qual nem poderiam ser objeto de processo de controle –, bem como nos atos que não pretendem ser leis mas deveriam sê-lo, nos termos da Constituição, e que – para furta-se ao controle de constitucionalidade, quiçá – foram inconstitucionalmente revestidos de outra forma, sendo aprovados pelo Parlamento na forma de resolução não publicada, ou foram publicados apenas como regulamento. Por exemplo, se a jurisdição constitucional tiver o poder de controlar a constitucionalidade somente das leis e o governo, incapaz de conseguir que se aprove uma lei, disciplinar por via regulamentar uma matéria que, nos termos da Constituição, só poderia sê-lo pela via legislativa, esse regulamento destinado – inconstitucionalmente – a fazer as vezes de lei deve poder ser argüido na jurisdição constitucional.

Esses exemplos não são imaginários: já se viu, na Áustria, o Parlamento de um Estado dessa confederação procurar disciplinar certa matéria em uma simples resolução, não publicada, sabendo que uma lei seria anulada pela jurisdição constitucional. Se desejarmos impedir que o controle jurisdicional seja contornado, atos como esse devem poder ser submetidos a essa jurisdição. E esse princípio deve aplicar-se, por analogia, a todos os outros objetos do controle de constitucionalidade.

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

Essa competência deve ser estendida, primeiramente, aos regulamentos com força de lei, atos esses imediatamente subordinados à Constituição, cuja regularidade consiste exclusivamente – como já vimos – em sua constitucionalidade. Este é o caso, em particular, dos regulamentos de necessidade. O controle de sua constitucionalidade reveste-se de particular importância porque qualquer violação da Constituição, neste caso, afeta a fronteira, tão importante politicamente, entre a esfera governamental e a do Parlamento. Quanto mais estritos forem os requisitos impostos pela Constituição para sua adoção, maior será o risco de aplicação inconstitucional dessas disposições e mais necessário um controle jurisdicional de sua regularidade. A experiência revela que, onde quer que a Constituição autorize esses regulamentos de necessidade, sua constitucionalidade só, com ou sem razão, ser impugnada com veemência. É de suma importância existir, para dirimir tais litígios, uma instância suprema, cuja autoridade não possa ser contestada, especialmente se esses litígios – devido às circunstâncias – ocorrerem em áreas importantes.

O controle, pela jurisdição constitucional, da constitucionalidade dos regulamentos que derogam às leis, não encerra dificuldades: tais regulamentos ocupam o mesmo escalão que as leis na hierarquia dos fenômenos jurídicos, sendo inclusive denominados, às vezes, “leis” ou “regulamentos com força de lei”. Entretanto, seria conveniente atribuir também à jurisdição constitucional o controle da constitucionalidade dos regulamentos meramente complementares. É verdade que esses regulamentos não são mais, como já o dissemos, atos imediatamente subordinados à Constituição; sua irregularidade consiste, imediatamente, em sua ilegalidade e, de forma apenas mediata, em sua inconstitucionalidade. Se, a despeito disso, propomos que sejam incluídos na competência da jurisdição constitucional, não é tanto em consideração à relatividade, acima assinalada, da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta; é, antes, em atenção à fronteira natural entre atos jurídicos gerais e atos jurídicos individuais.

O ponto essencial para determinar a competência da justiça constitucional consiste em delimitá-la adequadamente em relação à da justiça administrativa, que existe na maior parte dos Estados. Desde um ponto de vista meramente teórico, poder-se-ia assentar a separação dessas duas competências na noção de garantia da Constituição, incumbindo a jurisdição constitucional de decidir sobre a regularidade de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição. Com isso, incluir-se-ia em sua competência, sem sombra de dúvida, questões que, hoje, em muitos Estados, são da competência dos tribunais administrativos, como, por exemplo, os litígios relativos à regularidade dos atos administrativos individuais imediatamente subordinados à Constituição. Por outro lado, a competência da jurisdição constitucional não abrangeria o controle de certos atos jurídicos que, hoje, não só caber à justiça administrativa, entre eles, os regulamentos. Ora, a jurisdição constitucional é certamente a instância mais qualificada

para pronunciar a anulação dos regulamentos ilegais. Isso, não apenas porque ela não entraria em conflito de competência com os tribunais administrativos, hoje geralmente incumbidos, em princípio, de anular os atos administrativos individuais, mas também por existir uma afinidade íntima entre o controle da constitucionalidade das leis e o da legalidade dos regulamentos, devido a seu caráter geral. Assim, dois pontos de vista concorrem para determinar a competência da jurisdição constitucional: por um lado, a noção pura de garantia da Constituição, que levaria a limitá-la ao controle de todos os atos imediatamente subordinados à Constituição; por outro lado, a oposição entre atos gerais e atos individuais, que levaria a incluir nessa competência o controle das leis e dos regulamentos. É preciso, sem incorrer em qualquer preconceito doutrinal, conjugar esses dois princípios em função das necessidades da Constituição em questão.

12.III – A inclusão dos regulamentos no domínio da justiça constitucional pode acarretar certas dificuldades de delimitação exata dessa, por existirem certas categorias de normas gerais que não são fáceis distinguir dos regulamentos: entre outras, aquelas instituídas na esfera da autonomia municipal, seja por via de resolução da câmara de vereadores, seja pelo executivo municipal ou, ainda, normas contidas em atos jurídicos que só se tornam obrigatórios mediante aprovação por uma autoridade pública (por exemplo, tarifas de transporte ferroviário, estatutos de sociedades por ações, convenções coletivas do trabalho etc.). Entre as regras de Direito gerais que emanam exclusivamente de uma autoridade administrativa, a saber, o regulamento *stricto sensu* e os atos jurídicos gerais de direito privado, podem existir numerosos níveis intermediários. Qualquer fronteira traçada entre eles o será de forma sempre mais ou menos arbitrária. Com esta ressalva, pode-se recomendar submeter ao controle da jurisdição constitucional, apenas, as normas gerais que emanem exclusivamente de autoridades públicas, sejam elas autoridades centrais ou locais – autoridades essas estaduais, provinciais ou até municipais. O município, também, é apenas um membro do Estado, sendo seus órgãos estaduais ou estatais descentralizados.

13.IV – Conforme já indicamos, também os tratados internacionais devem – sob o ponto de vista da primazia da ordem estatal – ser considerados atos imediatamente subordinados à Constituição. Têm, normalmente, caráter de regra geral. Caso se julgue necessário instituir um controle de sua regularidade, pode-se pensar seriamente em atribuí-lo à jurisdição constitucional. Não há obstáculos jurídicos a impedir que a Constituição de um Estado lhe atribua essa competência, assim como o poder de anular os tratados por ela julgados inconstitucionais. Poder-se-ia recorrer a argumentos convincentes para defender essa extensão da justiça constitucional. Por ser uma fonte de direito equivalente à lei, pode o tratado internacional derrogar às leis; por isso, existe um interesse político superior em que o tratado esteja em conformidade com a Constituição e, em particular, com aquelas de suas disposições que determinam o conteúdo das leis e dos tratados. Não há

qualquer regra de Direito internacional que se oponha a esse controle dos tratados. Se, como é forçoso admitir, o Direito internacional autoriza os Estados a definir, em sua Constituição, aqueles de seus órgãos que têm o poder exclusivo de celebrar tratados válidos, capazes de obrigar as partes signatárias, a criação de um instituto destinado a garantir a aplicação dessas normas, autorizadas pelo Direito internacional, não pode ser considerada contrária a ele. Nem caberia invocar, aqui, a regra segundo a qual os tratados não podem ser revogados unilateralmente por um dos Estados signatários, pois tal regra supõe, evidentemente, que o tratado tenha sido celebrado de forma válida. Um Estado que pretende celebrar algum tratado com outro Estado deve informar-se sobre sua Constituição. Da mesma maneira, se ele tiver tratado com um órgão incompetente de outro Estado, só poderá culpar a si mesmo caso o tratado celebrado esteja em contradição com a Constituição desse, em qualquer aspecto, sendo assim nulo ou anulável. Ainda que se admitisse que o Direito internacional determine imediatamente que o chefe do Estado seja o órgão estatal competente para celebrar tratados e que, além disso, exista uma regra de Direito internacional desobrigando os Estados de aceitar um controle da regularidade dos tratados celebrados com Estados estrangeiros, assim como sua anulação total ou parcial por uma autoridade desses Estados, permaneceriam válidas disposições contrárias da Constituição; do ponto de vista do Direito internacional, a anulação do tratado constituiria, simplesmente, uma violação desse, suscetível de ser sancionada pela guerra. Indagar se o interesse que têm os Estados em poder celebrar tratados permite que se exponham aos riscos de anulação pela jurisdição constitucional constitui uma questão absolutamente distinta, política e não jurídica. Se fizermos um balanço dos interesses de política interior que incitam a incluir os tratados internacionais entre os objetos da justiça constitucional e dos interesses de política exterior que advogam no sentido contrário, pode ser que ganhem estes últimos. Do ponto de vista dos interesses da comunidade internacional, conviria evidentemente atribuir o controle da regularidade dos tratados internacionais, bem como o conhecimento dos litígios porventura havidos em sua execução, a uma instância internacional, excluindo dessas competências toda jurisdição estatal, por ser unilateral. Mas essa questão foge ao tema deste relatório e essa solução talvez ainda não seja exequível em vista do grau atual de desenvolvimento técnico do direito internacional.

14.V – Finalmente, em que medida se justificaria incluir atos jurídicos individuais entre os objetos da justiça constitucional? Esta questão não se aplica aos atos dos tribunais: o fato de um ato jurídico ser realizado por um tribunal é visto como garantia suficiente de regularidade desse ato. E o fato de essa garantia consistir, mediata ou imediatamente, em uma constitucionalidade não constitui, em geral, motivo suficiente para subtrair esses atos às jurisdições de direito comum, submetendo-os ao julgamento de um tribunal constitucional especial. Tampouco devem os atos individuais, realizados pelas autoridades administrativas, ainda quando imediatamente

subordinados à Constituição, ser submetidos ao controle do tribunal constitucional; ao menos em princípio, devem ser submetidos aos tribunais administrativos. Isso, antes de tudo, a bem da delimitação clara de suas respectivas competências, para evitar conflitos de atribuições e duplas competências que podem ocorrer muito facilmente, devido ao caráter muito relativo da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta. Assim, os atos jurídicos individuais que poderiam ser julgados pela jurisdição constitucional seriam, apenas, aqueles que emanam do Parlamento, tenham eles forma de lei ou de tratado internacional; mas entram na competência da jurisdição constitucional por serem leis ou regulamentos. Poder-se-ia, entretanto, estender essa competência a esses atos, ainda quando desprovidos da forma de lei ou de tratado, ou mesmo quando não imediatamente subordinados à Constituição, bastando para isso que tivessem caráter obrigatório, porque essa possibilidade constitui a única maneira de controlar sua regularidade. Aliás, só pode tratar-se de atos em número extremamente modesto. Poder-se-ia, outrossim, atribuir à jurisdição constitucional – por razões de prestígio ou por outras razões – o poder de controlar certos atos individuais do chefe do Estado ou do governo – desde que se desejasse, de forma geral, sujeitá-los a um controle jurídico. Finalmente, cumpre assinalar que pode ser oportuno fazer do tribunal constitucional, também, uma Alta Corte de Justiça, incumbida de julgar os ministros porventura acusados, um tribunal central dos conflitos, ou dar-lhe outras competências ainda, evitando assim instituir jurisdições especiais. Em geral, convém limitar, tanto quanto possível, o número de autoridades supremas incumbidas de dizer do direito.

15.VI – Parece óbvio que o tribunal constitucional só possa julgar normas ainda vigentes no momento em que dá sua sentença. Porque se anularia uma norma que já deixou de vigor? No entanto, examinando mais detidamente a questão, percebe-se que pode haver necessidade de aplicar o controle de constitucionalidade a normas já revogadas. Se uma norma geral – nisto só interessam as normas gerais – revogar outra norma geral sem qualquer retroatividade, as autoridades deverão continuar a aplicar a norma revogada a todos os fatos que ocorreram enquanto ela ainda estava em vigor. Se quisermos descartar essa aplicação por causa da inconstitucionalidade da norma revogada – supõe-se que não foi o tribunal constitucional que a revogou –, é preciso que essa inconstitucionalidade seja estabelecida de forma autêntica, retirando-se assim à norma o último resto de vigor que ainda tinha. Ora, isso supõe que haja um julgamento do tribunal constitucional.

Em rigor, a anulação de uma norma inconstitucional pela jurisdição constitucional – ainda nos referimos, aqui, a normas gerais – só é necessária quando essa norma é mais recente que a Constituição. Se essa norma for uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, essa Constituição a derroga em virtude do princípio de *lex posterior*, parecendo assim supérflua e até logicamente impossível sua anulação. Isso quer dizer que os tribunais

e as autoridades administrativas deverão – salvo em caso de limitação desse poder pelo Direito positivo – verificar se existe uma contradição entre a Constituição, mais recente, e a lei, mais antiga, adotando uma decisão de acordo com os resultados desse exame. Sua situação, em especial a das autoridades administrativas, difere totalmente, nesse ponto, daquela a que estão habitualmente em relação às leis. Tal fato reveste-se de notável importância em um período de revisões constitucionais, sobretudo se essas revisões são tão profundas quanto o foram as realizadas em numerosos Estados após a Grande Guerra.⁵ A maioria das Constituições dos novos Estados, por exemplo, receberam o antigo Direito material – Direito cível, Direito penal e Direito administrativo – anteriormente em vigor em seu território, mas o acolheram apenas na medida em que esse não estivesse em contradição com sua nova Constituição. Ocorre que por serem amiúde muito antigas essas leis, por terem sido adotadas sob o império de Constituições muito diferentes, havia muitas vezes contradições entre elas e as disposições constitucionais – evidentemente relativas, não ao processo de elaboração das leis, mas sim a seu conteúdo. Se, por exemplo, a Constituição dispuser que não pode haver privilégio fundado no sexo, sem que se possa interpretar se essa disposição só vale para as leis vindouras e não para as leis anteriores ou para as leis recebidas pela Constituição, sendo forçoso admitir que a Constituição derroga imediatamente as leis anteriores, sem necessidade de leis de revisão especiais, a questão da compatibilidade dessas leis antigas com a Constituição pode ser muito difícil de resolver, do ponto de vista jurídico, sendo entretanto muito importante fazê-lo, do ponto de vista político. Pode-se julgar que não é bom deixar que tal decisão seja tomada pelas múltiplas autoridades incumbidas de aplicar as leis, que terão sobre o assunto opiniões quiçá muito vacilantes. Com isso, pode-se indagar se não conviria retirar dessas autoridades, também, o exame da compatibilidade das leis antigas com a Constituição que não as tenha revogado de maneira expressa, confiando essa função ao tribunal constitucional central. Isso equivaleria a privar a Constituição do poder derogatório em relação às leis mais antigas não expressamente anuladas por ela, substituindo-o pelo poder de anulação do tribunal constitucional.

IV.3 O critério do controle jurisdicional de constitucionalidade

Qual o critério a ser adotado pela jurisdição constitucional no exercício de seu controle? Que normas deverão pautar suas decisões? A resposta a esta pergunta já se depreende, em grande parte, do objeto do controle.

Evidentemente, o que deve ser verificado é, nos atos imediatamente subordinados à Constituição, a constitucionalidade, nos atos mediamente subordinados a ela, a legalidade e, em geral, em todo ato, sua conformidade

5 NdT: O que em 1928 era designado pelo nome de Grande Guerra passou a sê-lo pelo nome de Primeira Guerra Mundial quando ocorreu a Segunda Guerra Mundial.

com as normas do escalão superior. Não é menos evidente que o controle deve ser relativo tanto ao processo de elaboração do ato quanto ao conteúdo desse, se as normas do escalão superior tiverem disposições nesse sentido.

Dois pontos, entretanto, requerem exame mais apurado.

16. Em primeiro lugar, podem as normas do Direito internacional ser adotadas como critério do controle? Pode ocorrer que um dos atos cuja regularidade está sendo controlada esteja em contradição não com a lei ou a Constituição, mas com um tratado internacional ou alguma regra do Direito internacional geral. Uma lei ordinária que contradiz um tratado internacional anterior também é irregular em relação à Constituição, pois, ao autorizar determinados órgãos a celebrar tratados internacionais, a Constituição faz desses tratados um modo de formação da vontade estatal, excluindo assim – em coerência com a noção de tratado a qual aderiu – a possibilidade de serem revogados ou modificados por uma lei ordinária. Destarte, uma lei contrária a um tratado é – pelo menos indiretamente – inconstitucional. Mas, para poder afirmar que até uma lei constitucional (*Verfassungsgesetz*) que viola um tratado é irregular, é preciso situar-se em um ponto de vista superior ao da Constituição, no ponto de vista da primazia da ordem jurídica internacional. Só esse ponto de vista mostra o tratado internacional como uma ordem parcial superior aos Estados signatários, mostrando portanto que atos estatais – em particular, leis, regulamentos etc. – submetidos ao controle da jurisdição constitucional podem violar não apenas as regras particulares de um tratado internacional – e, portanto, indiretamente, o princípio de observância dos tratados – como também outros princípios do Direito internacional geral.

Deve-se permitir, outrossim, que o tribunal constitucional anule os atos estatais submetidos a seu controle, por serem contrários ao Direito internacional?

Contra a anulação das leis ordinárias – ou de atos equivalentes ou a elas subordinados – contrárias aos tratados, não se pode fazer qualquer objeção séria. Tal competência ater-se-ia estritamente ao campo da Constituição, que é também – convém não esquecer-lo – o da justiça constitucional. É também o caso da anulação das leis ou de atos equivalentes ou inferiores à lei por violação de uma regra do Direito internacional geral, supondo que a Constituição reconheça expressamente essas regras ordinárias, ou seja, que ela as integre à ordem estatal, sob a denominação de regras “geralmente reconhecidas” do Direito internacional, como o fizeram algumas Constituições recentes. Nesse caso, de fato, é da vontade da Constituição que essas normas sejam respeitadas também pelo legislador; assim, as leis contrárias ao Direito internacional devem ser totalmente assimiladas às leis inconstitucionais. E, tenham essas leis sido recebidas pela Constituição como leis constitucionais ou não, a solução é a mesma, uma vez que, em ambos os casos, esta recepção significa que não podem ser descartadas por uma lei ordinária. Essa recepção solene deve ser

expressão da vontade de garantir o respeito do Direito internacional; chegar-se-ia ao resultado oposto se, a despeito dessa recepção, qualquer lei ordinária pudesse desrespeitar o Direito internacional sem que isso fosse considerado uma irregularidade do ponto de vista da Constituição que a contém.

Mas as coisas mudam de figura, por um lado, quando a Constituição não contém esse reconhecimento do Direito internacional geral e, de outro lado, ainda que o contenha, quando se trata de leis constitucionais contrárias ao Direito internacional geral ou, até, convencional. Para a jurisdição constitucional, órgão estatal, a validade das normas internacionais a serem aplicadas por ele ao controlar atos estatais só pode existir na forma da Constituição que as recebe, i.e., as põe em vigor no domínio interno do Estado, dessa mesma Constituição que criou o tribunal constitucional e pode, a qualquer momento, suprimi-lo. Embora fosse altamente desejável que todas as Constituições seguissem o exemplo das Constituições alemã e austríaca, recebendo as regras do Direito internacional geral de forma a que possam ser aplicadas por um tribunal constitucional estatal, há que reconhecer que, na falta de tal reconhecimento, nada autorizaria juridicamente o tribunal constitucional a declarar uma lei contrária ao Direito internacional; cumpre reconhecer, outrossim, que a competência do tribunal constitucional, ainda quando já exercida, pode esbarrar em uma lei de revisão da Constituição. Certo é que uma jurisdição constitucional pode, de fato, aplicar as regras do Direito internacional, inclusive nessas duas hipóteses. Mas, ao fazê-lo, exerceria uma função já desprovida de qualquer justificação jurídica interna à ordem estatal. Uma lei constitucional não pode atribuir essa competência a um tribunal constitucional; um tribunal constitucional que anulasse uma lei constitucional ou, até, a despeito da não-recepção das regras do Direito internacional, uma lei ordinária como contrária a essas regras, não poderia mais ser considerado, juridicamente, um órgão do Estado cuja Constituição o criou mas, apenas, um órgão de uma comunidade jurídica superior a esse Estado. E, ainda, o seria apenas por suas intenções, pois a Constituição da comunidade jurídica internacional não contém qualquer norma que dê a um órgão estatal a faculdade de aplicar as regras do Direito internacional geral.

17. Embora a aplicação das normas do Direito internacional pelo tribunal constitucional esteja sujeita às limitações que acabamos de assinalar, deve-se descartar liminarmente a possibilidade de aplicação de outras normas que não as jurídicas, de quaisquer normas "superpositivas". Vê-se asseverar, por vezes, que existem, acima da Constituição de qualquer Estado, certas regras do direito natural que até as autoridades estatais encarregadas da aplicação do Direito deveriam respeitar. Se essas regras forem princípios realizados na Constituição ou em qualquer outro escalão da ordem jurídica, deduzidos do conteúdo do Direito positivo por via de abstração, é relativamente inócua formulá-los como regras de Direito independentes. Nesse caso, são aplicados juntamente com as normas jurídicas em que se encontram realizados, sendo-o apenas assim. Mas, se forem princípios que não foram traduzidos em normas do Direito positivo e

somente deveriam sê-lo porque tais normas seriam justas – muito embora os protagonistas já os considerem, de forma mais ou menos clara, parte integrante do direito –, trata-se de meros postulados que não são juridicamente obrigatórios, na realidade só expressam os interesses de certos grupos e são dirigidos aos órgãos encarregados da criação do Direito, não apenas ao legislador, cujo poder de realizá-los é quase ilimitado, como também aos órgãos subordinados, que só detêm esse poder em medida tanto mais restrita quanto maior seja, em sua função, a parte de aplicação do Direito; esses órgãos, entretanto, possuem esse poder na medida em que dispõem de um poder discricionário, na jurisdição e na administração, quando devem optar entre várias interpretações igualmente possíveis.

É justamente nesse fato de que a consideração ou a realização desses princípios, aos quais ainda não se pôde, a despeito de todos os esforços nesse sentido, dar uma determinação um tanto unívoca, não têm nem podem ter no processo de criação do Direito – pelos motivos assinalados – um caráter de aplicação do Direito no sentido técnico, é nesse fato que encontramos a resposta à questão de saber se podem ser aplicados por uma jurisdição constitucional. E não passa de aparência enganosa quando as coisas são diferentes, como quando, às vezes, a própria Constituição se refere a esses princípios ao invocar os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade etc., sem absolutamente especificar o que se deve entender com isso. Se essas fórmulas não têm outra significação que a ideologia política corrente com que procura adornar-se qualquer ordem jurídica, a delegação da equidade, liberdade, justiça, moralidade etc. significa apenas, na falta de esclarecimentos sobre esses valores, que o legislador e os órgãos de aplicação da lei estão autorizados a lidar de forma discricionária com o domínio a eles confiado pela Constituição e pela lei. Pois essas concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade etc. apresentam tamanha divergência conforme o ponto de vista dos interessados que, se o Direito positivo não consagrar uma delas, qualquer regra de direito pode chegar a ser justificada por uma dessas possíveis interpretações. Mas, em todo caso, a delegação dos valores em questão não significa, nem pode significar, que a contrariedade do Direito positivo à concepção pessoal de liberdade, igualdade etc. dos órgãos de criação do Direito os desobrigue, em qualquer hipótese, de sua aplicação. Destarte, as fórmulas em questão não soem ter grande significação. Nada acrescentam ao estado real do Direito.

No entanto, justamente no domínio da justiça constitucional, essas fórmulas podem desempenhar um papel sobremaneira perigoso. Poder-se-ia interpretar as disposições da Constituição que convidam o legislador a pautar-se pela justiça, a equidade, a igualdade, a liberdade, a moralidade etc. como orientações relativas ao conteúdo das leis. Essa interpretação seria evidentemente errada, pois assim seria, apenas, se a própria Constituição estabelecesse uma orientação precisa, se ela mesma indicasse algum critério objetivo. Entretanto, desvanecer-se-á facilmente o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis que se

encontram nas Declarações de direitos individuais e, com isso, não é impossível que um tribunal constitucional, chamado a deliberar sobre a constitucionalidade de uma lei, a anule por ser injusta, uma vez que a justiça é um princípio constitucional, que esse tribunal deve aplicar. Mas aí a potência do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção de justiça da maioria dos juízes desse tribunal poderia estar completamente oposta à da maioria da população e, evidentemente, estaria oposta à da maioria do Parlamento que votou a lei. É óbvio que, ao empregar vocábulo tão impreciso e ambíguo como o de justiça ou qualquer outro parecido, não pretendeu a Constituição fazer depender a sorte de toda lei votada pelo Parlamento do arbítrio de um colegiado composto, como o tribunal constitucional, de maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político. Para evitar semelhante deslocamento de poder – que ela certamente não deseja e é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância que lhe é estranha e pode vir a ser o representante de forças políticas completamente diferentes daquelas que se expressam nesse Parlamento, a Constituição deve – sobretudo quando ela cria um tribunal constitucional – abster-se desse tipo de fraseologia e, se desejar estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deverá formulá-los de forma tão precisa quanto possível.

IV.4 O resultado do controle jurisdicional de constitucionalidade

18. a) Resulta de nossas explicações anteriores que, para que a Constituição seja objeto de garantias eficazes, é preciso que o ato submetido ao controle do tribunal constitucional seja diretamente anulado pela própria decisão desse, quando julgado irregular. Tal decisão deve, inclusive quando relativa a normas gerais – como ocorre principalmente –, possuir força anulatória.

b) Em vista da extrema importância de que se reveste a anulação de uma norma geral e, em particular, de uma lei, cabe indagar se não conviria autorizar o tribunal constitucional a anular um ato por vício de forma, i.e., por irregularidade processual, apenas quando esse vício seja particularmente importante, essencial – deixando ao inteiro arbítrio do tribunal, no melhor dos casos, a apreciação desse caráter, uma vez que não é bom que a própria Constituição proceda, de forma geral, à difícilíssima distinção entre vícios essenciais e não essenciais.

c) Outrossim, haveria que examinar se não conviria, a bem da seguridade jurídica, estipular na própria Constituição um prazo para a anulação dos atos, particularmente das normas gerais e, principalmente, das leis e dos tratados internacionais, podendo tal prazo ser, por exemplo, de três a cinco anos contados da entrada em vigor da norma argüida. Com efeito, é extremamente lamentável ter que anular por inconstitucionalidade uma lei, e muito mais ainda um tratado, após permanecerem em vigor por longos anos sem serem criticados.

d) Conviria em todo caso, no interesse da mesma seguridade jurídica, deixar de atribuir qualquer efeito retroativo, em princípio, à anulação das normas gerais, entendendo-se, ao menos, que essa anulação não abrangeria os atos jurídicos já adotados com fulcro na norma em questão. Esse interesse, entretanto, não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento dessa, ainda não tenham sido objeto de uma decisão de autoridade pública e que, se se excluísse todo efeito retroativo do acórdão anulatório, ainda deveriam ser julgados em função da norma geral anulada, uma vez que ela o foi *pro futuro*, ou seja, apenas para os fatos supervenientes. Veremos a seguir que essa retroatividade limitada é necessária, inclusive, em certa organização do processo de controle de constitucionalidade.

Se uma norma geral for anulada sem efeito retroativo ou, pelo menos, com o efeito retroativo limitado que acabamos de indicar, subsistindo assim as conseqüências jurídicas por ela produzidas antes de sua anulação ou, pelo menos, aquelas decorrentes de sua aplicação pelas autoridades, permanecem inalterados os efeitos que teve sua entrada em vigor em relação às normas que, até esse momento, disciplinavam o mesmo objeto, mantendo-se portanto inalterada, também, a revogação das normas contrárias conforme o princípio de *lex posterior derogat priori*. Isso significa que a anulação de uma lei, pelo tribunal constitucional, por exemplo, não acarreta absolutamente o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor; essa anulação não ressuscita a lei relativa ao mesmo objeto que fora descartada pela lei anulada. Resulta da anulação, por assim dizer, uma esfera de vazio jurídico. Uma matéria até então disciplinada deixa de sê-lo, obrigações jurídicas desaparecem e são substituídas pela liberdade jurídica.

Isso poderá, às vezes, ter conseqüências extremamente lamentáveis, sobretudo se a lei anulada não o tiver sido em razão de seu conteúdo, mas apenas por causa de um vício de forma qualquer que se deu durante sua elaboração e, particularmente, se for relativamente demorada a feitura de nova lei destinada a disciplinar o mesmo objeto. Para sanar esse inconveniente, é bom prever a possibilidade de diferir a entrada em vigor da sentença anulatória por determinado prazo, contado da publicação dessa sentença.

Pode-se aventar outro meio, autorizando o tribunal constitucional a inserir no acórdão pelo qual anula uma norma geral uma determinação de que a entrada em vigor da anulação importe o exato restabelecimento das normas gerais que disciplinavam a matéria antes que sobreviesse a norma anulada. Nesse caso, conviria deixar que o próprio tribunal escolhesse os casos em que exercerá esse poder de restabelecimento do antigo estado de direito. Seria lamentável que a Constituição fizesse desse restabelecimento uma regra geral imperativa em caso de anulação de normas gerais.

Dever-se-ia, talvez, abrir uma exceção no caso da anulação de uma lei cujo único conteúdo fosse a revogação de uma lei anterior: nesse caso, o

único efeito possível é o de fazer desaparecer a única consequência jurídica dessa lei de anulação – a revogação da lei anterior –, ou seja, uma nova entrada em vigor dessa lei anterior.

Semelhante disposição geral, aliás, só poderia atuar se a Constituição estipulasse um prazo para a anulação das normas gerais, no intuito de evitar a entrada em vigor de normas jurídicas excessivamente antigas ou incompatíveis com as novas condições.

O poder de pôr normas em vigor positivamente, outorgado dessa maneira ao tribunal constitucional, acentuaria sobremaneira o caráter legislativo de sua função, embora esse só fosse exercido em relação a normas anteriormente postas em vigor pelo legislador regular.

- e) O dispositivo da sentença do tribunal constitucional não terá a mesma forma se ela for relativa a um ato jurídico – a uma norma geral, em especial – ainda em vigor no momento em que é proferida ou se essa norma, embora revogada nesse momento, ainda tiver que ser aplicada a fatos anteriores. Nesse segundo caso, o acórdão do tribunal constitucional, conforme já vimos, só anula um resto de validade; mas é, assim mesmo, um juízo constitutivo e anulatório. A fórmula empregada poderia ser, então, em vez de “anula-se a lei”, “a lei era inconstitucional”. Com isso, o acórdão exclui a aplicação da lei declarada inconstitucional aos fatos anteriores a ele.

O dispositivo terá a mesma forma, seja anterior ou posterior à Constituição, a que se opõe a norma geral examinada pelo tribunal constitucional. Em ambos os casos, o acórdão determinará a anulação da norma inconstitucional.

- f) Cumpre observar, finalmente, que a anulação não deve necessariamente aplicar-se à lei inteira ou ao regulamento inteiro. Pode incidir apenas em algumas disposições, supondo-se evidentemente que as outras continuem sendo aplicáveis ou não sofram alteração de sentido inesperada. Caberá ao tribunal constitucional apreciar, com toda liberdade, se deseja anular a lei ou o regulamento em sua totalidade ou, apenas, algumas de suas disposições.

IV.5 O processo do controle jurisdicional de constitucionalidade

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

- a) É de importância primordial a questão da propositura de ação perante o tribunal constitucional: da solução encontrada depende, sobretudo, a medida em que poderá o tribunal constitucional desempenhar sua função de garante da Constituição.

A mais poderosa garantia consistiria, sem dúvida, em autorizar uma ação popular, pela qual fosse o tribunal constitucional obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos a sua jurisdição, entre os quais leis e

regulamentos, por iniciativa de qualquer pessoa. Essa seria, inegavelmente, a maneira mais radical de satisfazer o interesse político na eliminação dos atos irregulares. Entretanto, não se pode recomendar essa solução, pois acarretaria excessivo risco de introdução de ações temerárias e de insuportável assoberbamento do tribunal.

Entre as numerosas outras soluções possíveis, cabe indicar as seguintes: autorizar e obrigar todas as autoridades públicas que tenham dúvidas sobre a regularidade de alguma norma que tenham que aplicar a sustarem o processo no caso concreto e protocolarem no tribunal constitucional um requerimento fundamentado de exame e eventual anulação dessa norma. Também seria possível dar esse poder apenas a determinadas autoridades superiores ou supremas – ministros e tribunais supremos – ou, ainda, reservá-lo para o poder judiciário, embora não se justifique completamente a exclusão do poder executivo, em vista da crescente proximidade entre seu procedimento e o da justiça. Se o tribunal constitucional anulasse a norma impugnada – somente nesse caso –, a autoridade requerente da ação não deveria mais aplicá-la ao caso concreto que ensejou o requerimento; deveria, ao contrário, atuar como se a norma anulada – embora anulada apenas *pro futuro*, em termos gerais – não estivesse mais em vigor no momento em que ocorreu o caso gerador da dúvida. Tal efeito retroativo da anulação é uma necessidade técnica: sem ele, as autoridades encarregadas de aplicar o Direito não teriam interesse imediato – daí, suficientemente poderoso – em provocar a intervenção do tribunal constitucional. Se essa intervenção ocorre exclusivamente ou, até, principalmente a pedido dessas autoridades judiciárias e administrativas, é preciso incentivá-las a apresentar esses requerimentos, atribuindo à anulação, nesse caso, um efeito retroativo limitado.

Seria muito oportuno aproximar um pouco o recurso perante o tribunal constitucional de uma ação popular, permitindo que as partes em um processo judiciário ou administrativo recorressem perante ele de atos de autoridades públicas – juízos ou atos administrativos – pelo motivo de que, embora imediatamente regulares, tais atos foram realizados em execução de uma norma irregular, como uma lei inconstitucional ou um regulamento ilegal. Essa possibilidade não seria um direito de recurso diretamente facultado aos particulares mas, antes, um meio de fato, indireto, de provocar a intervenção do tribunal constitucional; meio esse que suporia que a autoridade judiciária ou administrativa encarregada de tomar a decisão passasse a concordar com o ponto de vista da parte e, em conseqüência, promovesse o requerimento de anulação.

Nos Estados federais, deve ser dado aos governos dos Estados-membros o direito de recorrer dos atos jurídicos emanados da Confederação e, ao governo federal, o de recorrer dos atos dos Estados-membros. Nesses Estados, o controle de constitucionalidade diz respeito, principalmente, à aplicação das disposições de fundo, características das Constituições

federais, que delimitam a competência respectiva da Confederação e dos Estados- membros.

Uma instituição totalmente nova, mas merecedora da mais séria consideração, seria a de um defensor da Constituição junto ao tribunal constitucional que, à imagem do ministério público no processo penal, tivesse a função de introduzir *ex officio* uma ação de controle de constitucionalidade para os atos por ele considerados irregulares. Evidentemente, o titular desse cargo deveria contar com todas as garantias imagináveis de independência em relação ao governo e ao parlamento.

No que tange, especificamente, aos recursos contra as leis, seria de extrema importância conceder a uma minoria qualificada do Parlamento o direito de interpô-los. Motivo suplementar para tal é o fato de que a justiça constitucional, conforme teremos que assinalá-lo a seguir, deve necessariamente ser posta, nas democracias parlamentares, a serviço da proteção das minorias.

Por último, pode-se fazer com que o tribunal constitucional inicie, *ex officio*, um processo de controle de uma norma geral a ser aplicada por ele em um caso qualquer, cuja regularidade lhe pareça duvidosa. Tal situação pode dar-se, por exemplo, quando o tribunal, ao examinar a legalidade de um regulamento, é levado a constatar a inconstitucionalidade da lei supostamente violada por esse regulamento; pode ocorrer, outrossim, quando o tribunal deve deliberar sobre a regularidade de certos atos jurídicos individuais, dos quais só a legalidade está sendo imediatamente argüida, sendo assim questionada mediatamente sua constitucionalidade. Nesse caso, como o fariam as autoridades qualificadas para impetrar recurso perante ele, o tribunal constitucional sustará o processo relativo ao caso concreto e passará, *ex officio*, a examinar a norma que ele deveria aplicar a esse caso. Caso a anule, deverá – assim como o fariam as autoridades requerentes nessa situação – estatuir sobre o litígio a ele submetido como se a norma anulada não se aplicasse mais a esse caso.

No caso em que deve deliberar, também, sobre a regularidade de atos individuais e, especialmente, de atos das autoridades administrativas, é preciso, evidentemente, que o tribunal possa ser provocado pelas pessoas cujos interesses, juridicamente protegidos, foram lesados pelo ato irregular. Se, nesse caso também, não for facultado a essas pessoas impugnar o ato jurídico individual perante o tribunal constitucional por irregularidade da norma geral em execução regular da qual foi adotado, os particulares têm, em medida muito mais ampla que em caso de recurso ensejado por um processo judicial ou administrativo, a possibilidade de submeter indiretamente normas gerais ao próprio tribunal constitucional.

20. b) Em relação ao processo no tribunal constitucional, cumpre recomendar, de forma geral, o princípio de publicidade e a oralidade, embora se trate principalmente de questões de puro direito e se deva evidentemente dar valor às alegações escritas que as partes no processo apresentem – ou

tenham obrigação de apresentar – ao tribunal. As causas de que conhece o tribunal constitucional são de interesse geral tão importante que nunca se deveria, em princípio, descartar a publicidade do processo, que só pode ser assegurada pela publicidade das audiências. Cabe indagar, inclusive, se a própria deliberação de sentença pelo colegiado de juízes não deveria ser realizada em sessão pública.

Deveriam ser associados ao processo de controle a autoridade cujo ato está sendo argüido, para que possa sustentar sua regularidade; a instância requerente da ação; outrossim, eventualmente, o particular interessado em litígio pendente perante um tribunal ou uma autoridade administrativa, origem do processo de controle, ou o particular que tinha o direito de submeter diretamente o ato ao tribunal constitucional. A autoridade seria representada por seu chefe hierárquico, seu presidente ou um de seus funcionários, se possível com larga experiência jurídica. Quanto aos particulares, seria bom tornar obrigatória a atuação de um advogado, devido ao caráter eminentemente jurídico do litígio.

21. c) O acórdão do tribunal constitucional, quando deferida a pretensão, deve pronunciar a anulação do ato impugnado, de maneira que apareça como consequência do próprio acórdão.

Na anulação das normas que só entram em vigor mediante sua publicação, o ato anulatório – neste caso, o acórdão do tribunal constitucional – também deveria ser publicado, na mesma forma na qual o fora a norma anulada. Embora não se deva descartar *a priori* a idéia de dotar o tribunal constitucional de um órgão próprio, um *Boletim oficial* para a publicação independente de seus acórdãos de anulação, conviria publicar em todos os casos a anulação das leis e regulamentos no mesmo órgão em que tinham sido publicados, aos cuidados da mesma autoridade. Por isso, o acórdão do tribunal constitucional deveria mencionar essa obrigação de publicação, bem como a autoridade encarregada de realizá-la.

A anulação só entraria em vigor com essa publicação. Como já vimos, o tribunal constitucional deveria poder decidir que a anulação, especialmente a de leis e de tratados internacionais, só entre em vigor ao termo de certo prazo, contado da publicação, até para dar ao Parlamento a oportunidade de substituir a lei inconstitucional por uma lei condizente com a Constituição, sem que a matéria disciplinada pela lei anulada permaneça sem regulação por um prazo relativamente extenso.

Se a lei tiver sido impugnada por um tribunal ou uma autoridade administrativa a partir de sua aplicação em um caso concreto, a questão do efeito retroativo poderá suscitar uma dificuldade. Se a lei anulada só deixar de vigor decorrido certo prazo desde a publicação da anulação, devendo as autoridades continuar a aplicá-la, não se pode desobrigar a autoridade requerente de aplicá-la no caso concreto que originou a ação, o que reduzirá seu interesse em submeter leis inconstitucionais ao tribunal constitucional. Esse é mais um argumento a favor da atribuição, ao tribunal constitucional, do poder

de restabelecer, ao anular imediatamente uma lei, o estado de direito anterior a sua entrada em vigor. Com efeito, essa modalidade permite que se deixe atuar o efeito retroativo da sentença anulatória no caso que suscitou o requerimento, o que é desejável, concedendo ao órgão legislativo o prazo necessário para preparar uma nova lei, que atenda às exigências da Constituição.

V – A SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA E POLÍTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL⁶

22. Uma Constituição à qual falta a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é, no sentido técnico, plenamente obrigatória. Embora, geralmente, não se tenha consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tal consciência –, uma Constituição em que os atos inconstitucionais e, particularmente, as leis inconstitucionais permanecem igualmente válidos – não permitindo sua inconstitucionalidade que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um desejo desprovido de força obrigatória. Toda lei, todo regulamento ou, inclusive, todo ato jurídico geral realizado pelos particulares tem força jurídica superior à dessa Constituição, à qual, entretanto, está subordinado e da qual tira sua validade. Pois o Direito positivo zela por que possa ser anulado todo ato em contradição com uma norma superior, que não seja a Constituição. Esse baixo grau de força obrigatória real diverge radicalmente da aparência de firmeza, levada até à fixidez, que se confere à Constituição quando se subordina sua revisão a requisitos reforçados. Para que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase inalteráveis, não possuem realmente quase nenhuma força obrigatória? Certamente, mesmo uma Constituição que não prevê a existência de um tribunal constitucional ou de uma instituição análoga para a anulação dos atos inconstitucionais não carece totalmente de sentido jurídico. Sua violação pode receber certa sanção quando, ao menos, existe o instituto de responsabilidade ministerial, sanção essa voltada contra certos órgãos associados à feitura dos atos inconstitucionais, supondo-se que sejam culpados. Mas, fora o fato de que essa garantia – já o assinalamos – não é, em si, muito eficaz, pois mantém a lei inconstitucional, em semelhante caso não se pode admitir que a Constituição indique um processo legislativo único e estabeleça realmente princípios relativos ao conteúdo das leis. A Constituição, sem dúvida, reza e pretende que as leis só podem ser elaboradas desta e daquela maneira e não devem ter este ou aquele conteúdo; mas, admitindo que também serão válidas as leis inconstitucionais, na realidade a Constituição significa que as leis podem ser elaboradas de outra maneira e que seu conteúdo pode ultrapassar os limites por ela postos; pois, também as leis inconstitucionais só podem ser

⁶ NdT: No texto original francês, este título não tem a mesma forma no sumário e no corpo do texto, divergência reproduzida nesta tradução.

válidas em virtude de uma regra da Constituição; também elas devem ser, de alguma maneira, constitucionais, já que são válidas. Isso significa que o procedimento legislativo expressamente indicado na Constituição e as diretrizes nela ditadas não são, apesar das aparências, disposições exclusivas, mas apenas disposições alternativas. As Constituições desprovidas da garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não serem, de fato, interpretadas dessa maneira, eis, justamente, o estranho efeito desse método, ao qual já nos referimos muitas vezes, que dissimula o verdadeiro conteúdo do Direito, por motivos políticos que não respondem propriamente aos interesses políticos expressos nessas Constituições.

Uma Constituição cujas disposições relativas à legiferação podem ser violadas sem que disso resulte a anulação das leis inconstitucionais tem, em relação aos escalões inferiores da ordem estatal, o mesmo caráter obrigatório que tem o Direito internacional em relação ao Direito interno. Com efeito, qualquer ato estatal contrário ao Direito internacional não deixa de ser válido. A única consequência dessa violação é que o Estado cujos interesses tenham sido lesados pode, em última análise, fazer guerra ao Estado que a promoveu: a violação, assim, acarreta uma sanção meramente penal. Da mesma forma, a única reação de uma Constituição que ignora a justiça constitucional contra a violação sofrida é a sanção penal oferecida pelo instituto da responsabilidade ministerial. Essa força mínima do Direito internacional é o que incita muitos autores, sem dúvida equivocados, a negar-lhe, em termos gerais, o caráter de Direito. E são totalmente semelhantes os motivos que se opõem ao fortalecimento técnico do Direito internacional mediante a instituição de um tribunal internacional, dotado de poderes de anulação, e os motivos que se opõem à ampliação da força obrigatória da Constituição mediante a organização de um tribunal constitucional.

É preciso ter em mente o que foi dito aqui para poder apreciar a importância da organização da justiça constitucional.

23. Ao lado dessa significação geral, comum a todas as Constituições, a justiça constitucional também possui uma importância especial, que varia conforme os traços característicos da Constituição em estudo. Essa importância é de primeiríssima ordem no caso da República democrática, cuja existência depende de suas instituições de controle. Contra os diversos ataques, parcialmente justificados, que vêm sendo desferidos contra ela, essa forma de Estado não pode encontrar melhor defesa que a organização de todas as garantias possíveis de regularidade das funções estatais. Essas deverão ser tanto mais reforçadas quanto mais se democratizarem. A justiça constitucional também deve ser apreciada nessa perspectiva. Ao garantir a feitura constitucional das leis e, em especial, sua constitucionalidade material, a justiça constitucional é um meio eficaz de proteção da minoria contra as extrapolações da maioria. A dominação dessa só se torna suportável quando exercida dentro das regras. A forma constitucional especial, que consiste habitualmente em que a revisão da Constituição

dependa de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só poderão ser resolvidas mediante entendimento com a minoria: a maioria simples não tem – em certas matérias, pelo menos – o direito de impor sua vontade à minoria. Assim, só uma lei inconstitucional, por ser aprovada por maioria simples, poderá, contra a vontade da minoria, invadir a esfera de seus interesses constitucionalmente assegurados. Por isso, toda minoria – seja ela de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses estão de alguma maneira protegidos pela Constituição tem alto interesse na constitucionalidade das leis. Isso se aplica, especialmente, na hipótese de uma mudança de maioria que deixa à antiga maioria, já transformada em minoria, força ainda suficiente para impedir que se reúnam as condições para uma revisão legal da Constituição. Se considerarmos que a essência da democracia não reside na onipotência da maioria mas, antes, no compromisso constante entre os grupos representados, no Parlamento, pela maioria e a minoria e, em conseqüência, na paz social, a justiça constitucional aparece como meio particularmente adequado para realizar essa idéia. Uma simples ameaça de ação no tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole, inconstitucionalmente, seus interesses juridicamente protegidos, opondo-se com isso, em última análise, à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social do que a ditadura da minoria.

24. Mas o Estado federal é certamente o espaço em que a justiça constitucional se reveste da maior importância. Não há exagero em afirmar que a idéia política de Estado federal só se realiza plenamente com a instituição de um tribunal constitucional. A essência do Estado federal consiste – se não o considerarmos um problema de metafísica do Estado mas, em uma concepção inteiramente realista, um tipo de organização técnica do Estado – em uma divisão das funções legislativas e executivas entre órgãos centrais dotados de competência para o Estado inteiro – ou seu território – (Confederação, Império, Estado) e uma pluralidade de órgãos locais, cuja competência é limitada a uma subdivisão do Estado, uma parte de seu território (Estados- membros, províncias, cantões etc.); representantes desses elementos do Estado, designados de forma mediata – pelos Parlamentos ou governos locais – ou imediata – pela população da circunscrição – participam da legislação central e, eventualmente, também da execução central. Em outras palavras, o Estado federal é um caso especial de descentralização. O regulamento dessa descentralização, nesse caso, forma o conteúdo essencial da Constituição geral do Estado, em que se determina, principalmente, quais matérias serão disciplinadas por leis centrais e quais por leis locais, bem como as matérias que serão da competência executiva da Confederação e as que serão da competência executiva dos Estados- membros. A repartição das competências é o cerne político da idéia federalista. Do ponto de vista técnico, isso significa que as Constituições federais não apenas disciplinam o processo legislativo e estabelecem certos princípios relativos ao conteúdo das leis, como o fazem as Constituições dos Estados unitários, como também determinam os objetos

respectivamente atribuídos à legiferação federal e à legiferação local. Toda violação das fronteiras assim traçadas pela Constituição é uma violação da lei fundamental do Estado federal; a proteção desse limite constitucional entre as competências da Confederação e as dos Estados- membros é uma questão política vital, nitidamente percebida como tal no Estado federal, em que sempre se travam lutas apaixonadas pela competência. Mais do que em qualquer outro sistema, percebe-se a necessidade de haver uma instância objetiva para resolver de modo pacífico essas lutas, um tribunal ao qual possam esses litígios ser submetidos como problemas de ordem jurídica e como tais serem dirimidos, ou seja, um tribunal constitucional; pois toda violação da competência da Confederação por um Estado membro, ou da de Estados-membros pela Confederação, é uma violação da Constituição federal, a qual faz da Confederação e dos Estados-membros uma unidade global. Não se deve confundir essa Constituição geral, em que a repartição das competências constitui a parte essencial, com a Constituição particular da Confederação, a ela subordinada, porque, como as Constituições dos Estados- membros, ela só é a Constituição de uma parte, de um elemento do Estado, ainda quando compete a um único órgão alterar a Constituição geral do Estado e a da Confederação.

No caso de atos jurisdicionais ou administrativos contrários às regras de competência, é possível anulá-los por ilegalidade, valendo-se das possibilidades de recurso judiciário ou administrativo oferecidas pelos Estados-membros ou pela Confederação. Seria extrapolação de nosso propósito examinarmos se essa garantia basta para impedir, de maneira eficaz, que os atos administrativos da Confederação invadam a competência dos Estados- membros, ou que ocorra o inverso, especialmente quando não existir um tribunal administrativo supremo, comum à Confederação e aos Estados- membros, que, na medida em que tiver que controlar a conformidade desses atos com as atribuições de competência, ou seja, sua constitucionalidade, já estará desempenhando – pelo menos indiretamente – uma função de tribunal constitucional. Mas cumpre observar que, em vista da oposição de interesses entre a Confederação e os Estados-membros, característica do Estado federal, e da necessidade, muito forte neste caso, de existência de uma instância objetiva e quase arbitral, funcionando como órgão da comunidade formada pelas coletividades jurídicas, em princípio coordenadas, da Confederação e dos Estados-membros, a questão da competência a ser atribuída a um tribunal constitucional nesta matéria não se apresenta exatamente da mesma forma que em um Estado unitário centralizado; por isso, poder-se-ia perfeitamente estudar a possibilidade de entregar a um tribunal constitucional federal o controle dos atos administrativos individuais, porém, exclusivamente do ponto de vista de sua conformidade com as regras constitucionais de competência. Naturalmente, seria preciso exigir que o tribunal constitucional encarregado de julgar as leis e os regulamentos da Confederação e dos Estados-membros oferecesse, graças a uma composição paritária, garantias suficientes de objetividade e não se apresentasse como um órgão pertencente

exclusivamente à Confederação ou aos Estados-membros mas, pelo contrário, como um órgão da coletividade que os abrange globalmente, um órgão da Constituição geral do Estado, por cujo respeito deve zelar.

Eis um dos paradoxos da teoria do Estado federal: apresenta o princípio de que “o direito federal prevalece sobre o direito estadual”⁷ como algo condizente com a essência do Estado federal e, com isso, dissimula a necessidade de uma jurisdição constitucional para o Estado federal. É fácil mostrar que não existe nada tão oposto à idéia de Estado federal quanto esse princípio, que faz depender a existência política e jurídica dos Estados-membros da boa vontade da Confederação, permitindo-lhe sobrepor-se inconstitucionalmente à competência desses Estados mediante leis ordinárias ou, até, simples regulamentos, arrogando suas competências ao arrepio da Constituição geral do Estado. O verdadeiro respeito à idéia federalista, expressa na Constituição geral do Estado, exige que o Direito de Estado derrube o direito estadual tão pouco quanto este derruba aquele e que ambos sejam julgados, em suas relações recíprocas, à luz da Constituição geral, que delimita seus respectivos domínios. Um ato jurídico do Estado central que, extrapolando os limites a ele colocados pela Constituição geral, invade o domínio constitucionalmente assegurado aos Estados-membros não deve ter mais valor jurídico que um ato de um Estado membro realizado em violação da competência do Estado central. Esse princípio é o único condizente com a essência do Estado federal e só pode ser realizado por um tribunal constitucional. A competência natural desse – natural por ser decorrente da idéia federalista – deveria incluir, também, o conhecimento de todos os descumprimentos de suas próprias obrigações pelos Estados-membros e pelo Estado central, pelo fato de seus órgãos violarem a Constituição geral do Estado no exercício de suas atribuições. O que é habitualmente chamado de execução federal (*Bundes-Exekution*) e constitui um problema muito difícil para a teoria e a prática do Estado federal só deveria apresentar-se – seja sob a forma primitiva da responsabilidade coletiva e restitutória (*Erfolgshaftung*), seja sob a forma tecnicamente mais aperfeiçoada da responsabilidade individual por uma falta (*Schuldhaftung*) do órgão responsável – como execução de um juízo do tribunal constitucional em que se demonstrou a inconstitucionalidade do comportamento do Estado central ou do Estado membro.

25. As missões que se oferecem ao desempenho de uma jurisdição constitucional no âmbito de um Estado federal destacam, com especial clareza, a afinidade existente entre a justiça constitucional e uma justiça internacional voltada para a proteção do direito internacional, até por serem vizinhos os escalões da ordem jurídica que se propõem a garantir. E, assim como esta objetiva tornar inútil a guerra entre os povos, aquela afirma-se – em última análise – como garantia de paz política no Estado.

7 NdT: No original, *Droit d'Empire brise droit de Province*. Esta máxima (*Reichsrecht bricht Landrecht*) figura no art. 13 da Constituição alemã de 1919 e no art. 31 da atual.