

Isso se verifica com a presença ou não, e em que grau, do modelo de controle difuso ou concreto, por regra, muito mais aberta do que o modelo concentrado. Conclui-se que ainda que se utilizem de terminologias distintas, todos os seis ordenamientos estudados seguem mantendo o modelo difuso de controle de constitucionalidade, seja de forma pura ou mesclado com o modelo abstrato, o que é sinal de uma maior democratização dos meios de acesso à justiça constitucional.

Palavras - chave

Leis e Constitucionalidade; Democracia; Mercosul; Brasil e Constituição; Argentina e Constituição; Bolívia e Constituição; Chile e Constituição; Paraguai e Constituição; Uruguai e Constituição.

Abstract

This article gathers information on the way in which the constitutionality in the Mercosul member countries is controlled, basically to draw attention to the democratic amplitude that these forms of constitutional structure offer to those within their jurisdiction in relation to forms of access to the control mechanisms. This is seen in the presence or otherwise, and to what degree, of the diffuse or concrete model of control, which as a rule, is much more open than the concentrated model. It is concluded that although distinct terminologies are still used, all six constitutional structures studied continue to maintain the diffuse model of constitutional control, whether in a pure form, or mixed with the abstract model, which is a sign of greater democratization of means of access to constitutional justice.

Key words

Laws and Constitutionality; Democracy; Mercosul / South Cone Market; Brazil and Constitution; Argentina and Constitution; Bolivia and Constitution; Chile and Constitution; Paraguay and Constitution; Uruguay and Constitution.

1. Introdução

Porque o grau de democratização do acesso às formas de se realizar o controle de constitucionalidade está diretamente relacionado à defesa dos direitos fundamentais, empreendeu-se a escrita deste artigo para verificar como esta relação se dá no âmbito dos textos constitucionais dos países integrantes do Mercosul. Uma segunda razão para fazê-lo, não menos importante, é que com este texto se pretende suprir uma detectada e lamentável lacuna no campo da produção teórica de temas mercosulinos: não se encontram textos que reúnam, de forma sistematizada, informações sobre cada um dos sistemas de controle de constitucionalidade dos seis países integrados do Cone Sul.

2. Princípio da Supremacia da Constituição e sistemas de controle de constitucionalidade diante de um particular vanguardismo constitucional no campo dos direitos fundamentais

O tema deste artigo se reveste de maior importância quando estudiosos da estatura de Jean-Michel Blanquer¹ localizam na América Latina extensas declarações de direitos, representantes de um vanguardismo constitucional único na atualidade. Afirma o pesquisador francês que é nesta parte do mundo onde são encontrados os direitos mais desenvolvidos, particularmente nas Constituições brasileira, colombiana e venezuelana. No Mercosul, a Constituição do Brasil (de 1988) é a que mais destacadamente assume o perfil descrito, vindo tais direitos geralmente a incorporar o que na doutrina se chama de sistema dos direitos e liberdades constitucionais, incluindo os direitos ditos fundamentais. Este fenômeno vanguardista é contestado classicamente com a consideração de que se trata de “Constituições de papel”, argumento que, não obstante sua carga excessivamente simplista, coloca o problema da negligência dos direitos no estudo da consolidação constitucional.²

Antonio-Enrique Pérez Luño, autor de peso nesta temática dos direitos fundamentais, também preocupado com a concretização, o respeito e a defesa de tal feixe de direitos, adverte que inclusive no seio dos Estados de Direito, “onde as proclamações constitui-

onais são mais freqüentes, amplas e generosas, se produzem continuamente quebras e violações destes direitos”.³ Em tal cenário, Pérez Luño vê no controle de constitucionalidade das leis que podem violar, limitar ou afetar o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais uma das importantes garantias de tais direitos, assegurando “a integridade do estatuto dos direitos e liberdades não somente frente a possíveis abusos do executivo, mas também frente ao seu eventual menoscabo por parte do legislativo”.⁴ Mais recentemente, também em relação à coisa julgada se coloca a possibilidade de que venha a sofrer um controle de constitucionalidade.

Ainda conforme Blanquer, o resultado da negligência dos direitos antes apontada pode parecer paradoxal:

Em nome do ‘Estado de Direito’ (consagrado oficialmente em todas as Constituições), que supõe uma enumeração clara dos direitos e um sistema jurídico piramidal coerente, se chega de fato a uma ‘sociedade de direitos’: os indivíduos ou os grupos utilizam direitos e procedimentos em função de seus interesses, jogando com as contradições do novo ‘pluralismo jurídico’. Na realidade, isso significa que coexistem o que se pode chamar o ‘hiperdireito’ e o ‘hipodireito’. O desafio da consolidação é de realizar uma homogeneização da efetividade jurídica. Mas esta fase de heterogeneidade jurídica é provavelmente necessária para, anteriormente, consolidar a própria Constituição.⁵

Em outros termos, ressalta Blanquer que a etapa atual é aquela de legitimação das Constituições pelo vanguardismo jurídico, onde se pode notar “um particular ativismo das Cortes Constitucionais”.⁶ Enfatiza-se assim, neste artigo, a necessidade e a importância do papel que devem jogar as referidas Cortes na busca do adequado e desejado equilíbrio institucional-constitucional.

Situado o tema neste nível de discussão, passa-se a algumas breves notas a respeito dos sistemas de controle de constitucionalidade mais difundidos, em suas formas clássicas, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Tais sistemas foram desenvolvidos, como é sabido, para enaltecer a importância da Constituição, institucionalizando a sua defesa. O Princípio da Supremacia da Constituição remonta à idéia de construção escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen⁷ e exige a previsão e a existência de meios, mecanismos e instrumentos processuais adequados e

suficientes para a solução de conflitos constitucionais em qualquer ordenamento que adote tal princípio em suas vertentes formal e material. Na verdade, a idéia de supremacia da Constituição pode ser buscada na própria decisão histórica de Marshall, em 1803 (ou ainda no ensaio LXXXVIII de Alexander Hamilton, escrito logo após a aprovação da Constituição dos Estados Unidos, em 1787, passando a integrar a obra Os Federalistas, isto para não mencionar os precedentes mais remotos desse princípio), significando que se deve dar prevalência à obra criada pelo povo reunido em assembléia constituinte e no exercício da soberania popular, sempre que este poder soberano entrar em conflito com a outra faceta do poder popular, que é o que cria a legislação infraconstitucional no exercício corriqueiro da representação popular.

Assegura-se a supremacia e a defesa da Constituição na ordem jurídica por meio do controle de constitucionalidade, prevalecendo a Lei Maior sempre soberana diante de todas as leis e de outros atos normativos que a antagonizem. Controlar a constitucionalidade significa, pois, de um lado desfazer a eficácia de normas contrárias à Constituição, agindo no plano da validade (seja *inter partes* ou *erga omnes*), mas também, de outro, conferir eficácia plena a todos os preceitos constitucionais, principalmente quando se verifica o controle da omissão do órgão legislativo ou até mesmo de órgão da administração pública. Este controle serve ainda, conforme Zeno Veloso, “como barreira para os excessos, abusos e desvios de poder, garantindo as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais”.⁸

Existem os sistemas de controle de constitucionalidade político, jurisdicional e misto.⁹ À análise do Mercosul interessa apenas o sistema de controle jurisdicional, exercido por órgãos ou membros do Poder Judiciário, detentores de garantias de independência, agindo por provocação ou ex lege, conforme previsão constitucional, de modo a declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos normativos do poder público que contrariem formal ou materialmente preceitos insculpidos em uma Constituição, bem como aqueles direitos e princípios que nela estejam implícitos. Esse sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, cujas origens podem ser buscadas há mais de duzentos anos,¹⁰ subdivide-se conforme os modelos difuso e concentrado.

O modelo difuso de controle de constitucionalidade foi o primeiro a ser desenvolvido com êxito,¹¹ tendo-se originado nos Estados Unidos

da América do Norte, em 1803, no famoso caso *Marbury versus Madison*, em que o juiz Marshall fixou, a partir da solução daquele conflito, a competência para a fiscalização da constitucionalidade a qualquer juiz ou tribunal. Fundamento deste tipo de controle é a doutrina da judicial review of legislation. Também chamado de concreto e incidental, por via de exceção, indireto ou aberto, este modelo expandiu-se universalmente, como atesta Mauro Cappelletti.¹²

Diz-se modelo difuso porque a competência para apreciar uma alegação de inconstitucionalidade está difusa pelos órgãos e membros do Poder Judiciário, podendo dar-se inclusive *ex officio*. Diz-se concreto por ser um controle suscitado em um caso concreto que está sob apreciação do Poder Judiciário. Denomina-se ainda controle incidental ou indireto por constituir um “incidente” dentro de um processo principal, e não o pedido direto e específico da ação. Diz-se por via de exceção, uma vez que a alegação de inconstitucionalidade dá-se enquanto matéria de defesa (exceção processual) em um pleito, e não enquanto objeto central e direto da ação. Observe-se que esta última denominação é julgada equivocada por parte da processualista Ada Pellegrini Grinover, isto porque, segundo ela, “quando se fala em exceção, o que se indica é a defesa oposta pelo réu” e neste tipo de controle “nem sempre será o réu quem levantará a questão da inconstitucionalidade”. Para ela, o que se tem no controle difuso é uma questão prejudicial, prévia, que deverá ser apreciada pelo juiz “antes da questão principal, exatamente para verificar se a alegada inconstitucionalidade existe ou não”.¹³ Também Zeno Veloso considera incabível a expressão “por via de exceção” quando a norma tenha afastada sua aplicação de ofício pelo juiz,¹⁴ caso em que não há que se falar em “defesa” ou “exceção” processual. Por outro lado, o fato de que tal controle só se dá quando no curso de uma demanda judicial uma das partes argúi “em defesa de sua causa” a inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar não significa que o interessado na declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada pelo vício de inconstitucionalidade “tenha que figurar necessariamente no pólo passivo da relação processual”.¹⁵ Se assim fosse, “isso seria esquecer - conforme Celso Ribeiro Bastos - que o interessado pode assumir uma posição ativa, atacando o ato inquinado do vício de suprema ilegalidade por meio dos recursos judiciais colocados à sua disposição, entre os quais o mandado de segurança e o habeas corpus, sem com isso desfigurar a via de defesa ou exceção”.¹⁶

Por fim, este modelo de controle é aberto porque oferece a maior amplitude em seu acesso, seja no que respeita aos legitimados para suscitá-lo, seja em relação aos juízes ou órgãos judiciais aptos a resolverem-no, seja ainda pelas espécies normativas que nele podem ser questionadas quanto a inconstitucionalidades.

Vale repetir a observação feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que o grande inconveniente do controle difuso no Brasil é “a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a consequência de ser aplicada a uns e não a outros”, gerando “a incerteza quanto ao direito até a decisão final do Tribunal mais alto ou especializado”.¹⁷ Esta peculiaridade brasileira - que de resto costuma ser comum aos sistemas jurídicos de derivação romanística - não tem, no entanto, nada a ver com o modelo original norte-americano, uma vez que lá existe o *stare decisis*, que evita a paradoxal situação de que uma mesma lei não seja aplicada a um dado caso concreto por ter sido julgada inconstitucional pelo juiz da causa, e possa ser aplicada em outro caso semelhante se o respectivo juiz não a considerar inconstitucional.

O modelo concentrado de justiça constitucional, embora tenha se originado dos ideais de Sieyès, foi introduzido oficialmente na Europa por Hans Kelsen, através da Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920. O Tribunal Austríaco é o exemplo mais antigo de tal modelo, o qual, como assinala Louis Favoreu, não teria existido sem Kelsen, pois “com seus trabalhos e com seu projeto de Constituição Austríaca de 1920, o mestre de Viena pôs a ponto um novo tipo de justiça constitucional oposto ao modelo americano”.¹⁸ Veja-se a noção de Tribunal Constitucional pelas palavras de Favoreu: “Um Tribunal Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente em matéria do contencioso constitucional, situada fora do aparato jurisdicional ordinário e independente tanto deste como dos poderes públicos”.¹⁹ Tal modelo possui pois, como vértice, um tribunal adremente organizado para realizar o controle em tese das leis e dos atos normativos, um tribunal que concentra a análise das supostas inconstitucionalidades no universo e no limite dos textos normativos, por isso recebendo também a denominação de controle abstrato, direto, fechado, ou ainda por via de ação ou principal.

Diz-se controle abstrato porque nele a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita em um processo “que

visa sobretudo a defesa da Constituição e da legalidade democrática”,²⁰ independentemente de qualquer litígio concreto, não se tratando de um processo contraditório entre partes e não havendo caso concreto a ser resolvido, mas simplesmente a defesa ou o ataque de leis em tese, abstratamente consideradas. Trata-se de um processo objetivo, não existindo lide e partes, uma vez que seus legitimados ativos, conforme Clèmerson Clève, não buscam provocar o órgão jurisdicional constitucional para a tutela de um direito subjetivo, mas para a defesa da ordem constitucional objetiva, a qual interessa a toda coletividade.²¹ Diz-se controle exercido por via de ação porque requer justamente a propositura de uma ação específica para obter o fim desejado, qual seja, a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade, a declaração da omissão constitucional, a declaração de descumprimento de preceito fundamental constitucional, ou ainda o reconhecimento de violação de princípio constitucional sensível à ordem federativa pelos Estados membros em uma federação, possibilidades estas que podem ou não estar contempladas conforme as opções/previsões constitucionais de cada ordenamento jurídico. Trata-se ainda de ação direta, quer dizer, principal, específica, diretamente proposta perante o Tribunal Constitucional ou o órgão de cúpula do Poder Judiciário que faça o papel daquele.

Enfatize-se que tanto num como noutro modelo os membros do Poder Judiciário gozam de algumas garantias e sofrem algumas proibições constitucionais, tudo para favorecer a presunção constitucional de imparcialidade em seus julgamentos.

A preocupação com a amplitude de possibilidades que os ordenamentos constitucionais mercosulinos propiciam a cada um do povo – sujeitos de direitos conforme as normas constitucionais – para a defesa de seus direitos mais fundamentais pela via do exercício do controle de constitucionalidade é o que move a escrita deste artigo. Por isso, aqui, interessa desvendar o grau de democratização do acesso à justiça constitucional.

Pretende-se, assim, realizar uma análise comparativa dos modelos de controle de constitucionalidade adotados nos países integrantes do Mercosul, sempre a partir do rastreamento dos respectivos textos constitucionais, informando, quando as fontes bibliográficas assim o permitirem, como se dá na prática a aplicação e o processamento desses modelos, visando desta reflexão sacar uma conclusão acerca da amplitude democrática do acesso à justiça constitucional nesses países.

Antes disso, é importante consignar que Paulo Napoleão Nogueira da Silva²² observa que apesar de haver grandes diferenças quanto à natureza e à estrutura do Poder Judiciário, bem como quanto aos sistemas de distribuição da justiça entre os países integrantes do Mercosul, duas notas comuns destacam-se. A primeira delas diz respeito à atribuição de monopólio da jurisdição às autoridades judiciais. Já a segunda nota, que identifica os sistemas jurídicos de tais países e os diferencia daqueles que são herdeiros da tradição da *common law*, é o regime *secundum legem*, pelo qual os órgãos judiciais são intérpretes e aplicadores de leis existentes, não podendo os magistrados criarem normas para decidir uma questão (a não ser, acresça-se, em hipóteses como a do Mandado de Injunção brasileiro).

Passa-se então à análise das previsões constitucionais e das práticas dos modelos de controle de constitucionalidade adotados nos países mercosulinos, advertindo-se que não se fazem diferenciações entre países sócios e associados do referido projeto integracionista. Assim, analisam-se os ordenamentos constitucionais tanto daqueles quatro sócios iniciais que firmaram o Tratado de Assunção em 26 de março de 1991 (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), quanto dos dois associados posteriores (Chile, em 1996, e Bolívia, em 1997). Adverte-se também que toda a análise dar-se-á tendo em conta apenas o direito constitucional federal, sem explorar as esferas estaduais e municipais.

3. Previsão constitucional e prática dos modelos de controle de constitucionalidade nos países membros e associados do Mercosul

3.1. Argentina. Constituição de 1853

Apesar de o art. 116 da Constituição dizer que cabe à Suprema Corte e aos tribunais inferiores o conhecimento e a decisão de todas as causas que versem sobre matéria constitucional ou de legislação federal, existe no texto constitucional apenas uma previsão indireta - não específica - do modelo de controle de

constitucionalidade adotado, o que se depreende da interpretação sistemática dos artigos 33, 36, 43, 86, 108, do próprio 116 e do 117. Bidart Campos explicita que no direito constitucional federal argentino, “o sistema é jurisdicional difuso, porque todos os juízes podem levá-lo a cabo, sem prejuízo de chegar à Corte Suprema, como tribunal último, pela via do recurso extraordinário legislado no art. 14 da Lei Nº 48”.²³

Paulo Napoleão Nogueira da Silva confirma que no sistema constitucional argentino o Poder Judiciário exerce um controle difuso da constitucionalidade,²⁴ enfatizando não existir, em sede constitucional, a previsão de vias judiciais conducentes a um controle direto e concentrado como o existente no Brasil por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Na mesma linha é a avaliação de Zeno Veloso, esclarecendo inclusive que tal como o caso norte-americano, a Constituição da Argentina não prevê em texto explícito o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, tendo sido esse controle consagrado pela jurisprudência (o caso Sojo, de 1887, teria tido as mesmas características e produzido idênticos efeitos ao seu equivalente caso Marbury x Madison).²⁵ Diz o autor:

Criado pretorariamente pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, o controle da constitucionalidade argentino é judicial e difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal - federal ou provincial -, tendo a decisão eficácia inter partes e não erga omnes, podendo a Corte Suprema resolver definitivamente a controvérsia, através de recurso extraordinário, mas a sentença só declara a inconstitucionalidade da lei - e sua respectiva inaplicação - com relação à questão sub judice, não tendo efeito geral, nem força vinculante.²⁶

A reforma constitucional de 1994 deu ao art. 43, 1, uma redação permitindo que na “Ação de Amparo” o juiz possa “declarar a inconstitucionalidade da norma em que se funda o ato ou omissão lesiva” de autoridades públicas ou de particulares que lesionem, restrinjam, alterem ou ameacem direitos e garantias reconhecidos pela Constituição, por um tratado ou por uma lei. No entanto, mesmo antes dessa alteração no texto constitucional a Corte Suprema já admitia que tal ação “pudesse funcionar para a declaração de inconstitucionalidade, sempre, porém, diante de caso concreto e com efeitos inter partes”.²⁷

Teoricamente fala-se na via de ação direta para o controle, mas essa via não está prevista constitucionalmente e tampouco é aplicada na prática. Assinala Bidart Campos que até hoje nunca se chegou a aceitar entre as ditas “vias diretas” ou “ações de inconstitucionalidade” a “ação declarativa de inconstitucionalidade pura”.²⁸ Com efeito, até mesmo na atual jurisprudência da Corte afirma-se que há na ordem federal “ações de inconstitucionalidade”, mas não alguma que seja direta “pura”, sendo aquelas exemplificadas pela própria Corte do seguinte modo:

a) a ação de amparo e de habeas corpus (que existiam muito antes de 1985), porém não eram expressamente definidas pela Corte como ações de inconstitucionalidade); b) a ação declarativa de certeza do art. 322 do Código Processual Civil e Comercial (com esta ação a Corte consente agora que se podem solicitar de forma direta questões de inconstitucionalidade no âmbito do direito público, aptas a serem resolvidas pelos juízes, e até mesmo a própria Corte as têm aceitado em sua jurisdição originária e exclusiva); com a ação declarativa de certeza é viável obter uma sentença declarativa de inconstitucionalidade de normas gerais, a qual – por ser declarativa – não é uma sentença de condenação, o que já modifica em muito a primitiva jurisprudência anterior a 1985, porque daí em diante se interpreta que a ação declarativa de certeza impulsiona a promoção de um ‘caso contencioso’ entre as partes cuja relação jurídica deve adquirir a certeza que não tem; c) o juízo sumário de inconstitucionalidade; d) o incidente de inconstitucionalidade que se forma de modo anexo a uma denúncia penal para nele discutir uma questão constitucional.²⁹

Em síntese, Germán Bidart Campos conclui, de acordo com sua interpretação pessoal do direito judicial atual, que: “a) agora se tem por certo que há ações de inconstitucionalidade; porém, b) não há ações declarativas de inconstitucionalidade puras, quer dizer, seguem não existindo”.³⁰

Uma conseqüência gravosa desta limitação do modelo argentino dá-se no marco que condiciona e dá base ao exercício do controle, qual seja, um processo judicial, expressando-se através da forma normal de pronunciamento dos juízes, que é a sentença. E este requisito surge do próprio artigo 116 da Constituição, antes referido, que ao armar a massa de competências do Poder Judiciário Federal, refere-se sempre a “causas” ou “assuntos”, de modo que a “questão constitucional” deve ser inserida dentro de uma “causa” (ou proces-

so). Segundo Bidart Campos, isto faz com que o juiz não possa atuar de ofício; faz também com que haja apenas uma sentença (e não propriamente uma “declaração de inconstitucionalidade”) e, também, que o controle não possa ser exercido sem uma causa judicial ou à sua margem.³¹ No entanto, o autor discrepa abertamente com o asseguramento de petição expressa da parte interessada, entendendo que a questão de constitucionalidade é uma questão de direito, e não de fato. “Se nas questões de fato o juiz depende do que as partes alegam e provam, nas de direito é independente das partes. Incumbe ao juiz a devida aplicação do direito, e nesta seleção move-se conforme o adágio ‘iura novit curia’: o juiz supre o direito que as partes não lhe invocam ou que lhe invocam erroneamente”.³² Defende, assim, a possibilidade de atuação *ex officio* dos juízes.

3.2. Bolívia. Constituição de 1967

Na Bolívia coexistem os modelos de controle judicial difuso (conforme autorização dada pelo art. 228 da Constituição) e de controle concentrado no Tribunal Constitucional (art. 116, IV; art. 120, 1, 8; art. 121, I, II), o primeiro tendo decisões com efeitos inter partes e o segundo erga omnes. Ressalte-se que Bolívia e Chile são os dois únicos países do Mercosul a possuírem Tribunais Constitucionais.

O Tribunal Constitucional resultou da reforma constitucional de 1994, a qual não modificou no entanto o art. 228 da Constituição, que autoriza os juízes e os tribunais ordinários em suas diferentes instâncias, a disporem da inaplicação de uma lei em um caso concreto por considerarem-na incompatível com a Constituição. Veja-se a própria redação deste artigo: “A Constituição Política do Estado é a lei suprema do ordenamento jurídico nacional. Os tribunais, juízes e autoridades a aplicarão com preferência às leis e estas com preferência a quaisquer outras resoluções.”

A respeito do alcance das sentenças do Tribunal Constitucional diz o art. 121 que, além de contra elas não caber recurso algum, aquela “que declara a inconstitucionalidade de uma lei, decreto ou qualquer gênero de resolução não judicial, faz inaplicável a norma impugnada e surte plenos efeitos contra todos. A sentença que se refira a um direito subjetivo controvertido se limitará a declarar sua

inaplicabilidade no caso concreto”. Deste modo, a um só tempo o Tribunal contempla o controle abstrato e o concreto, causando certa estranheza em alguns doutrinadores, conforme explica Norbert Lösing, ele próprio endereçando algumas críticas a esta e também a outras formulações previstas no art. 120 da Constituição.³³

Segundo o art. 120, N^o 10, da Constituição, somado aos artigos 116 e 117 da Lei N^o 1.836/1998, o Tribunal Constitucional realiza controle preventivo sobre projetos de reforma constitucional, embora só alcance infrações procedimentais e não materiais do processo de reforma. Realiza também controle preventivo dos tratados ou convenções internacionais (art. 120, N^o 9, da Constituição e art. 13 da lei 1.836), e ainda dos preceitos legais (art. 120, N^o 8, da Constituição).

Quanto ao controle repressivo já se viu que é misto, podendo dar-se pela via difusa nos tribunais ordinários e pela via concentrada no Tribunal Constitucional. Neste último caso, o controle repressivo de caráter abstrato sobre normas jurídicas vem autorizado pelo art. 120 da Constituição e no caso de a norma impugnada ser declarada constitucional, torna-se improcedente qualquer nova demanda de inconstitucionalidade contra ela (art. 58 da Lei N^o 1.836/98).³⁴

3.3. Brasil. Constituição de 1988

O Brasil alberga um dos mais amplos e complexos sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade que se conhece, sediando ao mesmo tempo o modelo difuso e o concentrado, embora para este não dispondo de um tribunal constitucional exclusivo, nem para aquele do princípio do *stare decisis*. O funcionamento peculiar – e por vezes até canhestro – de um e outro deve-se a essa importação de modelos pela metade. No caso do modelo difuso a questão é simplificada na sua pátria de origem, porque nos Estados Unidos há o vínculo aos precedentes, devendo os juízes seguirem as decisões já tomadas, explica Zeno Veloso. “Os tribunais, igualmente, devem obediência aos precedentes das cortes superiores, especialmente da Supreme Court. Se esta decide, a sentença será vinculatória para todos os órgãos judiciários do país”.³⁵ Apesar da ausência desse mecanismo no Brasil, na lição de Juarez Freitas:

“(...) todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional e se afigura irrenunciável preservar, ao máximo, a coexistência pacífica e harmoniosa entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade”.³⁶

Já em 1891, por influência sofrida dos norte-americanos, a primeira Constituição Republicana estabeleceu o modelo difuso, gerando competência aos tribunais federais e estaduais para decidirem sobre a constitucionalidade das leis (art. 59, § 1º, a, b; art. 60, a). Embora houvesse disposição idêntica na denominada “Constituição Provisória” de 22 de junho de 1890, esse mecanismo foi melhor definido pela lei que organizou a Justiça Federal no país (Lei Federal Nº 221, de 29/11/1894, art. 13, § 10). Depois este modelo sofreu algumas modificações com a Constituição de 1934, a qual é lembrada pela maior parte dos historiadores constitucionais como um marco expressivo na direção do país rumo ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, o que só se deu efetivamente com a Emenda Constitucional 16/65, de 26/11/65.³⁷ A Constituição atualmente em vigor trouxe em 1988 importantes elementos, contribuindo ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização da supremacia da Constituição. Continuou reconhecendo o modelo misto de controle jurisdicional (difuso e concentrado), conforme os artigos 102, I, a, III, a, b, c; 103, §§ 1º a 4º, sendo o modelo difuso exercido por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, e o concentrado mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) por ação (onde se pleiteia a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual) ou por omissão (onde se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, ou seja, a falta da referida medida ou a sua existência imperfeita, cf. art. 103, § 2º da CF/88), ambas julgadas diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sendo esta segunda modalidade da ADIn uma substancial inovação. Outra novidade foi a ampliação dos entes, órgãos e pessoas habilitados a proporem uma ADIn, os quais, conforme os incisos I a IX do art. 103 da CF/88 são os seguintes: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas dos Estados, Governadores de Estados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

No quinto ano de vigência da CF/88 teve-se a instituição, pela Emenda Constitucional Nº 3/93, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), pela qual se pede a declaração de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, cabendo igualmente ao STF julgar o pedido. Pressuposto para a proposição desta ação é “a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto” da mesma (art. 14, III, da Lei Nº 9.868/99). Note-se que os legitimados ativos para a propositura da ADC resumem-se ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República (conforme o § 4º do art. 103 da CF/88), possivelmente porque tenham maior interesse em ver confirmado o presumível acerto da criação legislativa. Por esta ação pretende-se ver transformada em absoluta a presunção relativa de constitucionalidade das leis. O fato de apenas representantes dos poderes públicos e de uma das funções essenciais da Justiça estarem legitimados a proporem esta ação, privilegiando a expressão da vontade política do Estado em detrimento da representação da sociedade civil, provocou reações de alguns doutrinadores,³⁸ principalmente porque o projeto que originou a EC 3/93 previa essa possibilidade a todos os legitimados para a propositura da ADIn.

O processo e o julgamento da ADIn e da ADC perante o Supremo Tribunal Federal foram disciplinados pela Lei nº 9.868/99. Quanto à eficácia e ao alcance das decisões proferidas nas ADIns por ação (as ADIns por omissão não produzem efeitos jurídicos precisos),³⁹ tanto as declarações que confirmam as inconstitucionalidades como as que as refutam são dotadas, regra geral, de eficácia extunc⁴⁰ e efeitos erga omnes. Quanto às ADCs, também tem-se eficácia erga omnes, com a diferença de que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo STF, ficam os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo obrigados a seguir tal orientação, uma vez que a modalidade de ação já trazia no corpo da Constituição a cláusula do efeito vinculante (cf. art. 102, § 2º, CF/88: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”). Na verdade, pelo texto do Parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99 o efeito vinculante foi estendido - por lei infraconstitucional - também às decisões proferidas nas ADIns, nos seguintes termos:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.” (grifou-se)

O instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nasceu com a Constituição Federal de 1988,⁴¹ mas somente passados onze anos da sua promulgação foi regulamentado, tendo isto se dado com a Lei nº 9.882/99. Antes desta regulamentação o uso daquele mecanismo de controle de constitucionalidade dos atos do poder público não estava possibilitado. O advento desta lei veio alterar substancialmente o já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como se verá a seguir.

A ADPF pode ser ajuizada pelos mesmos legitimados da ADIn (cf. art. 2º da Lei 9.882/99). Não obstante, pelo veto presidencial ao inciso II do art. 2º desta lei o Poder Executivo impediu – e o Congresso Nacional não se opôs de modo suficiente a derrubar o veto – que toda e qualquer pessoa pudesse provocar diretamente a jurisdição em defesa de preceito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão quanto ao seu cumprimento. Assim, soterrada ficou a possibilidade de as partes de processos subjetivos acionarem pela via direta a jurisdição constitucional sempre que se sentissem lesadas por descumprimento de preceito fundamental. Com isso, descaracterizou-se a principal vocação do instituto, que era a defesa dos direitos individuais. Trata-se a argüição de uma via suplementar do controle de constitucionalidade que se destina a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público (art. 1º da Lei 9.882/99), cuja decisão “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10, § 3º, da mesma lei). Uma primeira leitura deste dispositivo pode fazer concluir que até o Poder Legislativo fica vinculado à decisão proferida em uma ADPF, isto conforme se considere este poder como um órgão do poder público ou não. De fato, o Poder Legislativo é o órgão legislativo por excelência, porque exerce a função jurídica legislativa do Estado,⁴² mas não parece adequado considerá-lo vinculado em sua função criadora de normas por decisão que venha de um dos outros poderes públicos, eis que isso feriria o Princípio da Separação dos Poderes. Ademais, se o texto constitucional, ainda que por obra do poder reformador,

o deixou de fora desta vinculação na única cláusula que contém a respeito de efeito vinculante (§ 2º do art. 102, CF), é lógico que o poder legislativo ordinário não o poderia ter incluído em tal restrição, ainda que fosse para preservar o Princípio da Supremacia da Constituição. Diante desses argumentos que levam a considerar tal extensão como uma grande inconstitucionalidade, resta-nos aguardar qual será o posicionamento do STF a respeito.

Observe-se ainda que as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99 atenuaram os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ao admitirem que, excepcionalmente, por razões de “segurança jurídica e de excepcional interesse social”, tais efeitos sejam restringidos ou se fixe o momento em que o reconhecimento da inconstitucionalidade passaria a ter efeitos, podendo tal momento ser a partir do trânsito em julgado da declaração, sempre com o voto de dois terços dos membros do STF (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99). Com esta cláusula, presente em ambas as leis, provocou-se uma alteração anômala na tradição constitucional brasileira, eis que, por ela, uma lei inconstitucional pode continuar tendo efeitos válidos mesmo depois do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo STF. Isto é grave porque significa que em dado momento poderá prevalecer a lei ordinária e não a Constituição, o que fere de morte o Princípio da Supremacia da Constituição. Além disso, as justificativas dadas pelas leis para que o Tribunal restrinja ou adie os efeitos das inconstitucionalidades induzem a uma politização mais acentuada nas suas decisões. Quanto a estas polêmicas questões, que poderão estar indicando uma ruptura no sistema jurisdicional brasileiro, tramita uma ADIn (a de nº 2.231) no STF, contra toda a Lei da ADPF, não existindo ainda (maio/2003) nenhuma decisão de mérito.

A estas quatro ações próprias do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro há que se agregar uma quinta espécie, a Representação Interventiva, destinada a promover a intervenção federal em Estado membro da federação ou no Distrito Federal. Pelo art. 34, VII, da CF, a União pode intervir nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino. Já do art. 36, III, da CF depreende-se que caso seja editada lei ou ato normativo

estadual ou distrital contrário a esses princípios sensíveis, caberá ao Procurador-Geral da República ingressar no STF com a ação interventiva, a qual possui dupla finalidade: declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo estadual ou distrital e servir de requisito obrigatório à decretação da intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal, a qual se dará então por decreto do Presidente da República. Segundo o art. 36, § 3º, muitas vezes o decreto interventivo não é necessário, bastando, para o restabelecimento da normalidade que, também por decreto, se suspenda a execução do ato impugnado.

Por fim, cumpre observar que, conforme análise de Gilmar Ferreira Mendes,⁴³ o hibridismo brasileiro em se tratando dos modelos de controle constitucional estaria ameaçado com a supremacia do modelo concentrado, que teria sido reforçado pela CF/88 em detrimento do modelo difuso. Discorda-se⁴⁴ desta avaliação, ponderando-se que, ainda que a CF tenha ampliado de uma para nove as possibilidades de entes legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, isto não é suficiente para que todas as questões constitucionais relevantes cheguem ao Supremo, restando o caminho difuso/concreto como o meio mais acessível para que qualquer jurisdicionado possa alegar inconstitucionalidades que o prejudique. Ademais, entende o Supremo Tribunal Federal que, daqueles nove entes legitimados, os Governadores dos Estados só podem suscitar a inconstitucionalidade de normas de seu próprio Estado ou no máximo de normas de outro Estado da federação que se refiram ao seu Estado (cf. ADIn 902-SP), o mesmo valendo para as mesas de Assembléias Legislativas. Entende também o STF que as entidades de classe só podem pleitear inconstitucionalidades relativamente a normas que se comuniquem com os seus fins (cf. ADIns 77, 138, 159, 202, 305, 893, 913-3, 1.114-6). Estes posicionamentos restringem ainda mais o acesso ao controle concentrado de constitucionalidade⁴⁵ ao exigirem essa relação de pertinência temática, o que reforça a necessidade de manutenção do modelo difuso. Ademais, ao tratar como plenos seis dos nove legitimados do art. 103 (inc. I, II, III, VI, VII e VIII) e como extraordinários os outros três (inc. IV, V e IX), o STF endereçou tratamento desigual aos legitimados ativos, ferindo, ele próprio, o Princípio da Isonomia.

Ingressa-se, assim no modelo difuso de controle de constitucionalidade brasileiro. Por ele, a questão de inconstitucionalidade da lei ou de qualquer outro ato normativo pode ser posta em qualquer

processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que guarde conexão com o objeto da demanda. Na conformação brasileira até mesmo o STF pode ter que apreciar questões de inconstitucionalidades no âmbito do controle difuso, seja pela sua competência originária, seja pela via recursal adequada (Recurso Extraordinário, cf. art. 102, III). Quando atua em sede de competência ordinária o STF não pode determinar a “expulsão” da norma do sistema jurídico, devendo seguir a sistemática que rege o controle difuso, pela qual a coisa julgada restringe-se às partes envolvidas no processo. A única possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* envolvendo a atuação do STF - que de resto é a única no modelo difuso em geral - é aquela em que ao final surge a resolução senatorial prevista no art. 52, X, da CF/88, pela qual pode haver a suspensão da execução, no todo ou em parte, de norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Há, no entanto, dissenso doutrinário quanto ao caráter de tal atribuição do Senado ser uma discricionariedade ou uma obrigatoriedade (atividade vinculada). Parece mais ponderável a interpretação que lhe confirma função discricionária, já que não é mero servo do STF. Daí que este, no controle difuso, restará sempre como o senhor da constitucionalidade, mas não da generalidade, cuja decisão fica por conta do Senado.

Relembre-se que neste tipo de controle a alegação da inconstitucionalidade não constitui a demanda principal, mas sim questão prejudicial, já que o juízo de constitucionalidade é suscitado incidentalmente, visando saber se dada norma será ou não aplicada ao caso concreto por ser compatível ou incompatível com a Constituição Federal. Qualquer parte do processo pode levantar a questão constitucional: o réu por ocasião da sua resposta (contestação, reconvenção, exceção), o terceiro que venha a integrar a relação processual, o autor (na inicial de uma ação de qualquer natureza), os membros do Ministério Público quando oficiem no feito⁴⁶ e até os próprios juízes ou tribunais. Qualquer juiz ou tribunal tem o poder - e muitas vezes até o dever - de declarar a inconstitucionalidade no contexto da análise de um caso concreto. Neste modelo, já esclarecia Lúcio Bittencourt, a faculdade de reconhecer e declarar a inconstitucionalidade não é privativa do STF, mas consecutória da função jurisdicional, cabendo pois a quem quer que legitimamente a exerça. “Todos os tribunais e juízes, federais ou locais, ordinários ou especiais, dela dispõem, embora a última palavra sobre o assunto possa, em qualquer caso, ser deferida ao mais alto tribunal da República.”⁴⁷

Ressalte-se a possibilidade de atuação jurisdicional *ex officio* neste modelo brasileiro:

Os magistrados singulares, no exercício da jurisdição constitucional, não só podem como devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, atuando, inclusive *ex-officio*, numa situação que se assemelha à da nulidade do negócio jurídico, que deve ser pronunciada pelo juiz, independentemente de alegação do interessado [...]. No controle difuso, mesmo que as partes ou o Ministério Público não suscitem a questão, até pelo princípio *jura novit curia*, deve o juiz observar o problema e, se encontrar lei ou ato normativo contrário à Constituição, que tenha relação com a causa, está na obrigação funcional de se manifestar, decretando a invalidade da lei ou ato normativo, determinando sua não-aplicação ao caso, objeto da demanda.⁴⁸

O controle difuso só acontece *incidenter tantum*, aplicando-se sua decisão somente às partes envolvidas na causa (efeitos *inter partes*), não cabendo, segundo alguns autores, falar-se em efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, porque sequer há declaração de inconstitucionalidade, uma vez que apenas se opta pela não aplicação da norma impugnada a um dado caso concreto. No entanto, outros autores afirmam que necessariamente tal efeito há de ser *ex tunc*, pois do contrário não teria nenhum efeito prático ou concreto aos envolvidos em um processo judicial. Sendo *inter partes* a decisão, isto se dá apenas no que se refere à relação jurídica sob exame, isto é, a mesma espécie normativa segue vigorando com força obrigatória com relação a terceiros, podendo perfeitamente ser aplicada a outros casos análogos inclusive pelo próprio juiz singular ou órgão que tenha proferido a decisão, haja vista este poder vir a entender de modo diverso. No entanto, os efeitos da decisão poderão ser *erga omnes* quando lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF tiver suspensa, no todo ou em parte, sua execução pelo Senado Federal (art. 52, X, da CF), conforme já foi adiantado acima. Isto pode acontecer quando o STF julga, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, a, b, c, CF).

No mais, não há no Brasil uma normativa específica a respeito do procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade no primeiro

grau de jurisdição, resolvendo-se a questão como todas as demais questões prejudiciais de mérito que possam surgir no decorrer de um processo.⁴⁹ Mas há regras explícitas a respeito quando se tratar do segundo grau de jurisdição: além das previsões nos regimentos internos, o Código de Processo Civil trata da matéria nos artigos 480 a 482. Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, o procedimento relativo à declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público está disciplinado nos artigos 199 e 200 do seu Regimento Interno, o mesmo ocorrendo em se tratando do Supremo Tribunal Federal, cuja disciplina está nos artigos 177 e 178 do respectivo Regimento Interno. Conforme Clèmerson Clève, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (federal, estadual ou municipal), de forma incidental, em qualquer feito de sua competência, seja originária, recursal ordinária ou recursal extraordinária, embora o recurso extraordinário do art. 102, III, da CF/88 constitua o principal meio de encaminhamento de questões constitucionais nos casos concretos àquela casa.⁵⁰

Com isso têm-se vistas, em linhas gerais, as nuances dos dois modelos adotados no sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro.

3.4. Chile. Constituição de 1980

É lição de Norbert Lösing que no Chile predomina o sistema de controle de constitucionalidade misto (concreto e abstrato), em que os “processos para a inaplicabilidade das normas inconstitucionais e atuações em casos individuais” correspondem à Suprema Corte, em conformidade com o art. 80 da Constituição de 1980. As decisões desta Corte têm efeitos inter partes e não conduzem à nulidade da norma atacada, simplesmente à sua inaplicabilidade ao caso concreto. “O Tribunal Constitucional, pelo contrário, exerce antes de tudo um controle preventivo. Suas decisões têm efeitos erga omnes, apesar de não necessitarem estar motivadas em todos os casos.”⁵¹

Já conforme ensinamentos de Humberto Nogueira Alcalá vige no Chile, no que se refere ao modelo abstrato, um duplo controle concentrado de constitucionalidade, com a presença de um Tribunal

Constitucional exclusivo e de uma Suprema Corte.⁵² Segundo este autor, o Tribunal exerce inclusive controle preventivo sobre os projetos de reformas constitucionais (art. 82, N° 2, Constituição), cuja iniciativa restringe-se a apenas alguns órgãos constitucionais políticos (Presidente da República ou qualquer das Câmaras) ou ainda às minorias parlamentares mais significativas, e cujo objeto não se restringe aos aspectos formais-procedimentais, estendendo-se aos aspectos substantivo-materiais (cf. art. 5º, 2º). Este mesmo controle preventivo é também realizado em relação aos tratados ou convenções internacionais submetidos à aprovação do Congresso, embora de modo facultativo e mediante petição de qualquer das Câmaras ou ao menos de uma quarta parte dos deputados ou senadores em exercício. Já pelo art. 82, N° 1, da Constituição, o Tribunal realiza também o controle preventivo obrigatório de constitucionalidade de todos os projetos de leis interpretativas da Constituição e de leis orgânicas constitucionais. No que diz respeito ao controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de lei durante sua tramitação legislativa e das reclamações no caso de o Presidente da República não promulgar uma lei quando deva fazê-lo, isto é uma faculdade e não uma obrigação do Tribunal Constitucional (cf. art. 82, N° 12).

Ao observar enfaticamente a existência de um “duplo controle concentrado” sobre preceitos legais, Humberto Nogueira Alcalá explica: um é o preventivo, exercido ante o Tribunal Constitucional (excepcionalmente repressivo nos casos de decretos com força de lei ou decretos regulamentares, simples decretos supremos e regulamentos autônomos), e o outro é o repressivo ou corretivo concreto, a cargo da Suprema Corte, por meio do recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade. Neste caso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a invalidade do ato é declarada por órgão sujeito ao controle, via recurso, por parte do tribunal mais alto.⁵³ Este recurso de inaplicabilidade vem consagrado no art. 80 da Constituição, o qual faculta à Corte Suprema pronunciarse sobre a constitucionalidade das leis nos casos particulares que conheça ou sejam a ela submetidos via recursos, os quais são interpostos em juízo ou em outro tribunal. Emilio Pfeffer Urquiaga enfatiza que, caso as leis ou atos normativos sejam declarados inconstitucionais, a Corte Suprema os declara inaplicáveis para o caso concreto.⁵⁴ Neste sentido, veja-se a redação do próprio art. 80: “A Corte Suprema, de ofício ou a petição da parte, nas matérias que conheça, ou que lhe forem submetidas em recurso interposto

em qualquer gestão que se siga ante outro tribunal, poderá declarar inaplicável para esses casos particulares todo preceito legal contrário à Constituição.”

Deste modo, tem-se no Chile,⁵⁵ a partir de 1980, o controle preventivo por parte do Tribunal Constitucional, pelo qual a lei simplesmente não nasce, e o controle repressivo desde a Constituição de 1925, realizado pela Corte Suprema, com efeitos relativos, inter partes (o art. 80 da Constituição se refere à “declaração de inaplicabilidade para os casos concretos”), que geralmente são acatados pelo Tribunal Constitucional, o qual os transforma em erga omnes. Esclarece ainda Nogueira Alcalá que este modelo está sendo revisto atualmente em reforma constitucional tendente a “concentrar tanto o controle preventivo como o repressivo, abstrato ou concreto, no Tribunal Constitucional.”⁵⁶

Quanto ao controle repressivo de constitucionalidade de preceitos legais em casos concretos, assevera Humberto Nogueira Alcalá que, do mesmo modo que na Colômbia e no Perú, no caso chileno o Tribunal Constitucional não conhece de recursos ou incidentes de inconstitucionalidade de normas jurídicas, “já que dita competência está entregue em forma de controle difuso ou concentrado a tribunais ordinários de justiça, o que pode gerar o inconveniente da vigência de dois parâmetros de constitucionalidade diferentes, um do Tribunal Constitucional, outro dos tribunais superiores de justiça ou da Corte Suprema, gerando insegurança jurídica”.⁵⁷ É por esta razão, continua o autor, que no caso chileno o projeto de reforma constitucional que ora tramita no Congresso Nacional “elimina o recurso de inaplicabilidade por inconstitucionalidade de preceitos legais concentrado na Corte Suprema para transpassá-lo ao Tribunal Constitucional, com o que se passaria de um sistema ou modelo de duplo controle concentrado a um modelo de controle concentrado de constitucionalidade no Tribunal Constitucional, aproximando-se do modelo europeu”.⁵⁸

Conclui-se que, por ora e a seu modo, o sistema chileno contempla a coexistência dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Críticas a esse sistema chileno de controle de constitucionalidade abundam. Para Norbert Lösing, a composição e a conformação das competências do Tribunal Constitucional chileno são insatisfatórias, pois a participação do Conselho de Segurança Nacional na seleção

dos juízes constitucionais e a dupla carga de alguns juízes (Corte Suprema e Tribunal Constitucional) evidenciam deficiências democráticas e estruturais no Tribunal Constitucional. Ademais, a “sujeição da Suprema Corte, que é a encarregada de levar a cabo o controle concreto das normas, às decisões do Tribunal Constitucional, é especialmente inadequada para garantir uma proteção individual e integral dos direitos constitucionais, tendo-se em conta a composição e os curtos prazos para decidir com os quais conta o Tribunal Constitucional.”⁵⁹ Lösing denuncia ainda que também o acesso à Suprema Corte foi-se restringindo em matéria de recursos constitucionais mediante suas próprias decisões (“autos acordados”), as quais não estão submetidas a nenhum tipo de controle, apesar de seu efeito restritivo sobre os direitos fundamentais. Para ele, tampouco é suficiente o controle preventivo das normas, já que a sua realização, em parte, somente pode dar-se por solicitação do parlamento. Por outro lado, informa que vários intentos de realização de reformas fundamentais no Tribunal Constitucional chileno, para modificar sua composição e ampliar suas competências, até o momento, sempre fracassaram por não alcançarem as maiorias necessárias. No entanto, embora todas estas críticas, relembra ter sido este mesmo Tribunal Constitucional, por sua decisão sobre o plebiscito em 1988, que praticamente abriu o caminho à democracia no Chile.⁶⁰

3.5. Paraguai. Constituição de 1992

Conforme Humberto Nogueira Alcalá, vige no Paraguai o sistema judicial concentrado na Suprema Corte de Justiça e na sua Sala Constitucional.⁶¹

Paulo Napoleão Nogueira da Silva conclui que inexistente no Paraguai o controle difuso-incidental da constitucionalidade propriamente dito, ressaltando que apenas a Sala Constitucional da Suprema Corte encarrega-se desse controle, em sistema direto-concentrado, sendo que eventualmente um membro de outra Sala pode requerer que um julgamento seja feito não só pela Sala Constitucional, mas pelo Plenário da Corte. O autor brasileiro salienta ainda que, em qualquer um desses casos, determina o art. 260, 2, segunda parte, “ser possível ao litigante em processo argüir a inconstitucionalidade,

mas sempre por via de exceção”, hipótese em que “a questão constitucional será remetida à Sala Constitucional da Suprema Corte, que a apreciará.” Este procedimento leva o autor a identificar o sistema paraguaio ao alemão.⁶²

Norbert Bernsdorff e Ramón Isasi-Cortázar chamam a atenção para o fato de que as resoluções da “Corte Suprema de Justicia de Paraguay” carecem de efeitos erga omnes, conforme o § 1º do art. 260 da Constituição. É, sem dúvida, uma forma bastante peculiar de regular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas jurídicas. Isso pode levar, por exemplo, à seguinte consequência: “declarada la inconstitucionalidad de una ley en un caso concreto, si no reacciona oportunamente el Legislador en modificar dicha ley en lo pertinente, nos encontramos ante la aplicación continua a nivel judicial inferior y sobre todo en la esfera del Poder Administrativo de una ley ya declarada inaplicable, si bien es cierto en un caso concreto.”⁶³ Salientam ainda os autores residir aí uma diferença entre o modelo paraguaio e o modelo alemão de controle de constitucionalidade, pois no caso da Alemanha as decisões da Corte Constitucional têm efeito erga omnes, vinculando, portanto, o legislador a suas resoluções (conforme o art. 20, § 3º da Constituição). Esclarecem ainda os autores:

De allí, es ilegítima la repetición de normas por el legislador, sin una alteración de los presupuestos que motivaron la primera sanción – que fuera ya declarada inconstitucional por la Corte – y, cuando mas bien dicha repetición de normas es motivada por la insatisfacción de órganos estatales por la resolución dictada. Por outro lado, el legislador no está impedido en sancionar normas del mismo contenido de la resolución de la Corte, pero sin descuidar las causas de inconstitucionalidad consideradas en la resolución. La repetición de normas exige fundamentos especiales, que serían sobre todo provenientes de alteraciones de los presupuestos o relaciones jurídicas.⁶⁴

De resto, ainda que oficialmente só se reconheça o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, o fato de os efeitos das decisões prolatadas neste nível serem apenas inter partes (art. 260 da Constituição), bem como a possibilidade de utilização da via indireta, fazem com que haja, na aplicação prática, uma infiltração de aspectos do controle difuso no modelo concentrado.

3.6. Uruguai. Constituição de 1967

No Uruguai o regime de controle de constitucionalidade das leis (lato sensu) é eminentemente “jurisdicionalista”, tendo surgido na segunda metade do século XIX.⁶⁵

A Constituição Uruguia atual, dentre outras competências, pelo art. 239, 1º, diz competir à Suprema Corte de Justiça julgar originariamente os delitos contra a Constituição e contra o “Direito das Gentes”, podendo a lei dispor sobre instâncias a serem percorridas nos diversos Juízos, conforme cada caso. Deste modo, tem-se que o modelo adotado é o judicial concentrado na Corte Suprema.

Vê-se muita semelhança entre os sistemas uruguaio e paraguaio de controle da constitucionalidade e, por isso mesmo, de ambos com o sistema alemão. Senão veja-se: conforme os artigos 256 a 261, quaisquer leis nacionais ou decretos dos Governos Departamentais poderão ser declarados inconstitucionais, com inaplicabilidade de disposições conseqüentes. Para que isso ocorra as arguições deverão ser feitas por via de ação “por todo aquele que se considere lesionado no seu interesse direto, pessoal e legítimo”, perante a Suprema Corte, ou ainda pelos litigantes em qualquer processo judicial. O primeiro caso equivale à ação direta dos direitos paraguaio e brasileiro, ressaltando-se a diferença de que no Brasil apenas alguns entes da sociedade civil organizada e dos órgãos públicos estão constitucionalmente legitimados a exercitá-la. No segundo caso, quando a arguição da inconstitucionalidade se dá em qualquer processo, o procedimento nas instâncias ordinárias será suspenso e os autos serão remetidos à Suprema Corte para que se pronuncie sobre esta arguição. Conforme reitera Paulo Napoleão Nogueira da Silva:

(...) Trata-se de sistema assemelhado ao alemão, como já se observou em relação ao controle de constitucionalidade paraguaio; a diferenciá-los, a circunstância de que no sistema alemão as decisões do Tribunal Constitucional têm efeito vinculativo e erga omnes para todos os órgãos públicos e processos em curso, enquanto que no sistema uruguaio – assim como no paraguaio – as decisões da Suprema Corte só produzem efeitos para o caso concreto, entre as partes.⁶⁶

Vejam-se neste sentido também as lições de Eduardo Esteva Gallicchio, segundo quem à Suprema Corte compete exercer:

Control de constitucionalidad de leyes o decretos con fuerza de ley por vía de acción: control con legitimación limitada y efectos para el caso concreto delineado por el promotor. Control de constitucionalidad de leyes o decretos con fuerza de ley por vía de excepción: control con legitimación limitada y efectos para el caso concreto en que fue promovida la solicitud. Control de constitucionalidad por vía de oficio: control a instancia de cualquier juzgado o tribunal del Poder Judicial o del Tribunal del Contencioso Administrativo, con efectos para el caso concreto.⁶⁷

Vê-se, assim, que embora o modelo de controle concentrado seja oficialmente adotado, o difuso também existe, misturado àquele, ou pelo menos pode-se dizer que aquele, em sua execução, em seu exercício, reveste-se de características e utiliza-se de meios que são próprios do modelo difuso.

Gonzalo Aguirre Ramírez, ao tratar das razões do efeito inter partes da declaração de inconstitucionalidade das lei, confirma que no regime constitucional uruguaio a sentença da Suprema Corte de Justiça apenas tem efeito “nos procedimentos em que se haja pronunciado” e se “referirá exclusivamente ao caso concreto”, segundo o disposto no art. 259 da Constituição. Para ele:

Esta norma no resulta fácilmente conciliable con la del artículo anterior (258), en cuanto éste permite solicitar la declaración de inconstitucionalidad por vía de acción, en cuyo caso surgen dos problemas: 1º) No se advierte cuál puede ser el caso concreto a que deberá referir el fallo de la Corte, desde que éste no está planteado ante la Justicia, salvo que por tal se entienda la concreta situación del accionante respecto de un supuesto de eventual aplicación, a su persona, de la ley cuya declaración de inconstitucionalidad impetra. 2º) Menos se advierte en qué procedimientos tendrá efectos la sentencia de la Corte, desde que éstos aún no existen. En consecuencia, el efecto ‘inter partes’ de la sentencia de la Corte, queda diluido o desvirtuado en esta hipótesis. El accionante, munido de la declaración de inconstitucionalidad, podrá oponerse con éxito, en el futuro, a todo intento o pretensión de aplicarle esa ley, cualquiera sea la persona u órgano que trate de hacerlo. De hecho, para él al menos, la sentencia tendrá efecto general y valdrá, a su respecto, como una auténtica derogación de la ley. (...) La cuestión no es menor. Sin embargo, ha sido generalmente soslayada por la doctrina y la jurisprudencia. Jiménez de Aréchaga J. (‘La Constitución de 1952’, t. III, pp. 190-191) y Cassinelli Muñoz H. (‘Derecho Público’, t. II, p. 90), sostienen que al no haber un

procedimiento judicial ya planteado, previo, el accionante debe delimitar, en su demanda, el caso concreto al que se aplicará, luego, la sentencia eventualmente favorable de la Suprema Corte de Justicia. Pero ello, en los hechos, no resulta fácil. Y, a menudo, ni siquiera se intenta.⁶⁸

O autor uruguaio segue dizendo que esta solução pode justificar-se por razões puramente técnico-jurídicas: desde que a inconstitucionalidade é declarada por uma sentença e é suscitada, salvo no caso da via de ação, no curso de um litígio pendente de resolução, deve ter em princípio efeito unicamente entre as partes desse litígio, conforme os limites subjetivos da coisa julgada. Mas para ele a questão é anterior a esta e radica-se em determinar que razões políticas levaram o constituinte, a partir de 1934, a optar “pelo sistema mais restrito em matéria de declaração de inconstitucionalidade das leis”, já que o Direito Comparado oferece modelos e soluções “muito mais amplos e radicais”, tais como o da Constituição Austríaca de 1920.⁶⁹ Para ele, dentre outras, uma das razões dessa solução “más limitativa” seria um temor, totalmente consciente e ainda hoje existente, à politização do Poder Judiciário ou, pelo menos, de seu órgão supremo, assim como ao que nos Estados Unidos, nos tempos da primeira presidência de Franklin Roosevelt chamou-se “o governo dos juízes”. E afirma: “En ocasión de discutirse en comisión el proyecto de ley constitucional que dio en llamarse la ‘maxi reforma’ – a principios de 1994 – ese temor volvió a expresarse por algunos senadores, toda vez que se propuso introducir modificaciones a los arts. 256 a 259 de la Constitución”.⁷⁰

Conclui-se a análise do sistema uruguaio de controle de constitucionalidade com a síntese crítica do próprio Aguirre Ramírez: “El sistema de los arts. 256 a 259 de la Constitución lleva, en los hechos, a que las leyes tengan más valor del que jurídicamente les correspondería. Y a que las leyes inconstitucionales suelen gozar de buena salud y larga vida. Lo que no es conveniente en un Estado de Derecho”.⁷¹

4. Considerações finais

Esta breve pesquisa nos textos constitucionais dos países adscritos ao Mercosul demonstra que há uma tendência de introdução

institucionalizada e de aprimoramento do modelo de constitucionalidade europeu continental em tais países, com a presença de organismos jurisdicionais especializados. No entanto nota-se, em paralelo, que isso não tem significado o abandono ou a supressão daquele modelo de controle de constitucionalidade advindo da tradição anglo-americana. Assim, os ordenamentos estudados combinam ambas as tradições com alterações que não chegam a deformá-las, sendo possível falar-se em uma concepção difuso-concentrada de controle, donde a manutenção do modelo difuso é sinal de uma maior democratização dos meios de acesso à justiça constitucional. Isto se dá, naturalmente, pela possibilidade de qualquer um que se sinta lesado por um preceito normativo poder solicitar que lhe seja afastada a aplicação de tal preceito, facilidade ampla e democrática que só o modelo de controle difuso pode oferecer. Neste sentido, é de se lamentar profundamente o estado subalterno a que foi relegado este modelo difuso no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a partir das regulamentações efetuadas em 1999 a algumas das ações do modelo concentrado.

Referências

- AGUIRRE RAMÍREZ, G. *Derecho Legislativo. Tomo I. Teoría General de la Ley*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. 227 p.
- BAZÁN, V. (Coord.). *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1996. 483 p.
- BERNSDORFF, N.; ISASI-CORTÁZAR, R. *Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay*. In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Buenos Aires: Konrad-Adenauer/CIEDLA, 1999. P. 451-463.
- BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BENITEZ, G. M. B. O controle de constitucionalidade jurisdicional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional. Análise comparativa no âmbito do direito processual constitucional. In: ANUÁRIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO EDICIÓN 2003. Montevidéo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. P. 255-279.
- BESTER, G. M. *Cadernos de Direito Constitucional*. Parte I. Porto Alegre: Síntese, 1999. 169 p.

BIDART CAMPOS, G. J. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo I. Buenos Aires: EDIAR, 1996. P. 332-372.

BITTENCOURT, C. A. L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 164 p.

BLANQUER, J. M. *Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle*. Revue Pouvoirs, Paris, Seuil, n. 98, p. 37-47, septembre 2001.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
_____. _____. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.

CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. 142 p.

CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. 463 p.

CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES DO MERCOSUL: 1996-2000. Textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. 551 p.

ESTEVA GALLICCHIO, E. *La jurisdicción constitucional en Uruguay*. Madrid: [s.n.], 1997. P. 185-286.

FAVOREU, L. *Los tribunales constitucionales*. Traducción de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994. 158 p. Título original: Les Cours Constitutionnelles.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 369 p.

_____. _____. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 226-248.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., 3. tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 371 p.

LÖSING, N. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. Traducción de Marcela Anzola Gil. Madrid: Konrad-Adenauer-Stiftung/Dykinson, 2002. 362 p.

LOULA, P.; MELO, T. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: novo mecanismo de tutela das normas constitucionais?* Revista de Processo, n. 104, ano 26, São Paulo, RT, p. 175-190, out./dez. 2001.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição e inconstitucionalidade*. 3ª ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 344 p.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur. In: IX ENCUENTRO DE LOS PRESIDENTES Y MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DE LAS SALAS CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA. Florianópolis/Brasil: Universidad Federal de Santa Catarina/Curso de Postgrado en Derecho; Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, 2002. 14 p. (mimeo)

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998. 231 p.

ROCHA, F. L. X. Controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: COLTRO, A. C. M. (Coord.). *Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. P. 265-294.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 823 p.

SILVA, P. N. N. *Direito Constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 451 p.

URQUIAGA, E. P. El control de constitucionalidad en Chile: Tribunal Constitucional. In: BAZÁN, V. (Coord.). *Desafíos del control de constitucionalidade*. P. 407.

VANOSSI, J. R. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976. P. 118-139.

VÁZQUEZ, A. La supremacía constitucional y el control. In: IX ENCUENTRO DE LOS PRESIDENTES Y MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DE LAS SALAS CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA. Florianópolis/Brasil: Universidad Federal de Santa Catarina/Curso de Postgrado en Derecho; Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, 2002. 26 p. (mimeo)

VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999. 445 p.

ZENI, L. F. *O controle de constitucionalidade no Brasil e nos demais países membros e associados do Mercosul: ênfase no sistema difuso*. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Curitiba, 2002. 79 p.

Notas

- 1 Cf. BLANQUER, J. M. Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle. *Revue Pouvoirs*, Paris, Seuil, n. 98, p. 45, sep. 2001.
- 2 Idem.
- 3 Para ele, o fenômeno obedece a motivos de distinta etiologia: "De um lado, caberia aludir à secular tentação de quem detém o poder político a dele abusar. No entanto, a esse inegável protagonismo tradicional assumido pelo *Leviatã* estatal na agressão às liberdades surgiram hoje poderosos competidores, entre

os quais haveria que citar os grupos econômicos nacionais e, especialmente, os multinacionais, detentores de uma hegemonia fática sobre o resto dos cidadãos. Tampouco cabe soslaiar a sinistra ameaça que representam as organizações terroristas para o pacífico desfrute dos direitos fundamentais em determinadas sociedades democráticas. Estas bandas armadas incorrem na trágica incoerência de impugnar a legitimidade do poder sancionador do Estado arrogando-se, ao mesmo tempo, esta potestade (chegando inclusive a negar os direitos à vida, à integridade física e à liberdade das pessoas), despojada das garantias que no Estado de Direito condicionam a imposição de qualquer pena.” Cf. PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. P. 27-8.

4 Ibidem, p. 81-2.

5 Cf. BLANQUER, J. M. *Op. cit.*, p. 46.

6 Idem.

7 Cf. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. P. 246.

8 Cf. VELOSO, Z. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. P. 19.

9 Para ver-se as diferenças entre eles consulte-se SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. P. 51.

10 O abade Sieyès já em 1788 trazia à tona a necessidade da criação de um tribunal para a defesa e a proteção da superioridade da Constituição, tendo sido um dos primeiros pensadores a preocupar-se em como garantir a supremacia constitucional, caracterizando-se assim como um dos precursores da teoria do controle de constitucionalidade. Cf. BESTER, G. M. *Cadernos de Direito Constitucional. Parte I*. P. 110.

11 Embora antes disso tenha sido efetivado o tribunal especial propugnado por Sieyès na França, o foi sem êxito, em razão de terem sido toleradas por ele todas as inconstitucionalidades então praticadas por Napoleão Bonaparte (de 1799 até 1814).

12 Cf. CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. P. 63.

13 Apud VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 42.

14 Cf. VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 44.

15 Cf. ROCHA, F. L. X. Controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: COLTRO, A. C. M. (Coord.). *Constituição Federal de 1988: dez anos (1988-1998)*. P. 270.

16 Cf. BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. P. 396.

17 Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. P. 33.

18 Cf. FAVOREU, L. *Los tribunales constitucionales*. P. 15.

19 Idem, ibidem, p. 10.

- 20 Conforme CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. P. 835.
- 21 Cf. CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. P. 142.
- 22 Cf. SILVA, P. N. N. *Direito Constitucional do Mercosul*. P. 225.
- 23 Cf. BIDART CAMPOS, G. J. *Manual de la Constitución Reformada. Tomo I*. P. 359.
- 24 Cf. SILVA, P. N. N. da. *Op. cit.*, p. 245.
- 25 Cf. VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 41. O relato da decisão neste paradigmático caso argentino pode ser visto em VÁZQUEZ, A. La supremacía constitucional y el control. In: IX ENCUENTRO DE LOS PRESIDENTES Y MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DE LAS SALAS CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA. P. 6.
- 26 Cf. VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 41.
- 27 Idem.
- 28 Cf. BIDART CAMPOS, G. J. *Manual de la Constitución Reformada. Tomo I*. P. 360.
- 29 Conforme BIDART CAMPOS, G. J. *Manual de la Constitución Reformada. Tomo I*. P. 360-1.
- 30 Idem, ibidem, p. 361.
- 31 Idem, ibidem, p. 365.
- 32 Idem, ibidem, p. 367.
- 33 Cf. LÖSING, N. *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*. P. 248 e seguintes, bem como p. 255.
- 34 Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. cit.*, p. 6.
- 35 Cf. VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 54.
- 36 Cf. FREITAS, J. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. P. 226 e 246.
- 37 A respeito da evolução histórica desses modelos de controle vide BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. P. 257; e MENDES, G. F. *Jurisdicção constitucional*. P. 60 e ss.
- 38 Dentre outros, posicionaram-se de forma crítica a esta restrição, regra geral entendendo que a legitimidade ativa da ADC deveria ser a mesma da ADIn, os seguintes juristas: J. R. Cruz e Tucci, Ricardo Alessi Delfim, Ives Gandra da Silva Martins, Marcelo Figueiredo, Hugo de Brito Machado, Celso Bastos, Gilmar Ferreira Mendes e Clèmerson Clève.

- 39 Pelo disposto no art. 103, § 2º da CF/88, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, o STF dará ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Neste sentido, aduz Jorge Miranda, referindo-se à ação portuguesa que serviu de modelo ao instituto brasileiro, “não possui caráter preventivo, nem substitutivo”, não tendo a inconstitucionalidade por omissão o condão de criar “qualquer obrigação jurídica para o órgão legislativo”, vindo apenas a declarar uma obrigação pré-existente. Cf. MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II*. P. 517.
- 40 Observe-se, no entanto, que a Lei Nº 9.868/99 permite a concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 10), a qual terá eficácia contra todos mas “será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa” (art. 11, § 1º). O mesmo vale para a ADC (art. 21). Porém, exceção mais marcante à regra da retroatividade da perda da eficácia das leis e atos normativos reconhecidos inconstitucionais em definitivo foi aquela introduzida pelo legislador ordinário tanto na lei que regulou a ADIn e a ADC (art. 27 da Lei 9.868) quanto na lei que regulamentou a ADPF (art. 11 da Lei 9.882). Estas inovações serão abordadas no corpo do texto deste artigo.
- 41 O Parágrafo Único do seu art. 102 dizia desde o início: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” A única modificação ocorrida é que com o advento da Emenda Constitucional Nº 3/93 este dispositivo foi renomeado, passando a ser o § 1º do mesmo art. 102, o qual recebeu ainda um § 2º na ocasião.
- 42 Adotando-se a concepção de Gonzalo Ramírez, “a função faz o órgão”; então, a função legislativa “faz” o órgão legislativo. Cf. AGUIRRE RAMÍREZ, G. *Derecho Legislativo*. P. 20.
- 43 Cf. MENDES, G. F. *Jurisdição constitucional*. P. 127.
- 44 Cf. BESTER, G. M. *Op. cit.*, p. 135.
- 45 Não é esta restrição à legitimação ativa a única conseqüência de tal entendimento: com ele também se descaracteriza em certa medida a própria natureza abstrata do controle concentrado, uma vez que às duas classes de legitimados ativos apontadas se lhes tolhe a total liberdade conferida pela Constituição para questionar qualquer norma *in abstracto* (“lei ou ato normativo federal ou estadual”, conforme art. 102, I, a, da CF/88).
- 46 Zeno Veloso afirma que “sempre que for argüida a inconstitucionalidade, no curso de uma ação, mesmo que o processo fosse daqueles em que o Ministério Público não tivesse de intervir, há necessidade de convocá-lo, para que se manifeste sobre a questão prejudicial. (...) Tanto no controle incidental ou difuso, quanto no direto ou em tese, a intervenção do Ministério Público é essencial, já que incumbe ao *parquet*, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição, a defesa da ordem jurídica.” Cf. VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 46.

- 47 Cf. BITTENCOURT, C. A. L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. P. 35.
- 48 Cf. VELOSO, Z. *Op. cit.*, p. 44.
- 49 Cf. ZENI, L. F. *O controle de constitucionalidade no Brasil e nos demais países membros e associados do Mercosul: ênfase no sistema difuso*. P. 41.
- 50 Cf. CLÈVE, C. M. *Op. cit.*, p. 112.
- 51 Cf. LÖSING, N. *Op. cit.*, p. 284-5.
- 52 Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, H. Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur. In: IX ENCUENTRO DE LOS PRESIDENTES Y MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DE LAS SALAS CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA. Florianópolis/Brasil-Montevideo/Uruguay, 2002. P. 3 e ss.
- 53 Cf. FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. P. 37.
- 54 Cf. URQUIAGA, E. P. El control constitucional en Chile: Tribunal Constitucional. In: BAZÁN, V. (Coord.). *Desafíos del control de constitucionalidad*. P. 407.
- 55 Para conhecer o desenvolvimento histórico da jurisdição constitucional chilena veja-se o excelente estudo feito por LÖSING, N. *Op. cit.*, p. 277-282.
- 56 Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. cit.*, p. 6. Seu artigo data de junho de 2002.
- 57 Idem, ibidem, p. 8.
- 58 Idem.
- 59 Cf. LÖSING, N. *Op. cit.*, p. 293.
- 60 Idem, ibidem, p. 294.
- 61 Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Op. cit.*, p. 2.
- 62 Cf. SILVA, P. N. N. da. *Op. cit.*, p. 246-7.
- 63 Cf. BERNSDORFF, N.; ISASI-CORTÁZAR, R. In: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Admisibilidad y límites de la crítica por titulares de cargos públicos a las decisiones del Tribunal Federal Alemán y de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Buenos Aires: Konrad-Adenauer/CIEDLA, 1999. P. 460.
- 64 Cf. BERNSDORFF, N.; ISASI-CORTÁZAR, R. *Op. cit.*, p. 460.
- 65 Cf. GELSI BIDART, A. Repaso de interrogantes, hoy, sobre temas de control constitucional. El caso de Uruguay. In: BAZÁN, V. (Coord.). *Desafíos del control de constitucionalidad*. P. 338.
- 66 Cf. SILVA, P. N. N. da. *Op. cit.*, p. 252.
- 67 Cf. ESTEVA GALLICCHIO, E. *La jurisdicción constitucional en Uruguay*. P. 284.
- 68 Cf. AGUIRRE RAMÍREZ, G. *Derecho Legislativo. Tomo I. Teoría General de la Ley*. P. 40, nota 11.

69 Idem.

70 Idem, ibidem, p. 41.

71 Idem, ibidem, p. 42.

Recebido em 04/03
Avaliado em 05/03
Aprovado para publicação em 05/03