

Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro .

GILMAR FERREIRA MENDES

Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada no direito constitucional brasileiro em 1965 (Emenda Constitucional n.º 16, de 1965; Constituição de 1967/69, art. 119, I, *l*), já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado *processo constitucional*.

Aqueles que se derem ao trabalho de compulsar o texto da conferência proferida por Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), de 1928, hão de se deparar com a seguinte passagem:

"Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) perante a Corte Constitucional, que – em analogia com promotor público no processo penal – instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento (*Eine völlig neue, aber ernstester Prüfung durchaus würdige Institution wäre die Aufstellung eines Anwalts der Verfassung (Verfassungswalts) beim Verfassungsgericht, der – nach Analogie des Staatsanwalts im Strafverfahren – von Amts wegen das Verfahren zur Überprüfung jener Akte*

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República. Mestre em Direito pela UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster - RFA.

einzuleiten hätte, die, der Kontrolle der Verfassungsgerichts unterworfen, vom Verfassungsanwalt für rechtswidrig erachtet werden. Dass die Stellung eines solchen Verfassungsanwaltes mit allen nur denkbaren Garantien der Unabhängigkeit gegenüber der Regierung wie dem Parlament auszustatten wäre, versteht sich von selbst) (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929, p. 75).

É interessante notar que, sem se inspirar diretamente em Kelsen, o legislador constituinte brasileiro acabou, um tanto casualmente, por positivar idéia de um advogado da Constituição (Verfassungsanwalt) (CF, 1967/69, art. 119, I, D).

Registre-se, ainda, que, no âmbito do debate sobre a reforma da jurisdição constitucional, foi, em tempos mais recentes, reencetada, na Áustria, a discussão sobre a adoção desse instituto, tendo René Marcic defendido expressamente a outorga de legitimidade para provocar a Corte Constitucional a um *Verfassungsanwalt*, que, segundo ele, haveria de exercer uma função subsidiária, mas indispensável (*Seine Aufgabe wäre subsidiär, aber unentbehrlich*) (cf. René Marcic, *Zur Reform der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, Tübingen, 1970, p. 217 (255)).

Ainda no contexto dessas curiosidades históricas, vale mencionar a proposta de instituição de uma Corte Constitucional formulada na Constituinte de 1934 pelo deputado federal fluminense Nilo Alvarenga. Aqui parece inequívoca a influência direta do modelo de jurisdição constitucional defendido por Kelsen, tal como exposto na Conferência de 1928.

São os seguintes os termos da proposição apresentada por Nilo Alvarenga:

"Art. Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de

lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva constituição estadual.

§ 1.º Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.

§ 2.º O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Internacional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento.

Art. Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade no todo, ou em parte, de uma lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição.

§ 1.º A Corte só poderá conhecer do pedido, depois de informada, no prazo máximo de 30 dias, pelo poder do qual emanou a lei, o ato, deliberação ou regulamento.

§ 2.º A lei ordinária determinará a forma rápida pela qual se processará o pedido.

§ 3.º A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atingida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.

Art. A Corte de Justiça Constitucional terá sua sede na Capital da República e compor-se-á de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber

jurídico e ilibada reputação, dois dos quais serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal, dois pela Assembleia Nacional, dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros entre as mais notáveis expressões culturais e morais de sua classe, especializados em direito público e constitucional.

§ 1.º Igual número de suplentes será simultaneamente indicado pelos poderes e pelo instituto acima indicados.

Art. Os ministros da Corte de Justiça Constitucional exercerão as funções que lhes são atribuídas por esta Constituição pelo prazo de três anos, podendo ser renovadas as suas indicações e nomeações.

§ 1.º Os ministros não poderão ser destituídos de suas funções antes de findo o prazo para o qual forem nomeados e terão os mesmos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. A Corte de Justiça Constitucional organizará seu regimento interno e Secretaria, cujos funcionários serão de sua nomeação e terão vencimentos equiparados aos da Secretaria do Supremo Tribunal Federal" (...).

O parlamentar justificava assim a sua proposta:

"Os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valerão sem as necessárias garantias de sua efetividade. Essas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, onde essa atribuição é conferida à justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à justiça comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade.

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de

exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*.

Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis, rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito.

(...)

A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos" (Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1933, in: *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, vol. III, 1935, pp. 513 s. Ver, também, Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, "A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais", in: *Revista de Informação Legislativa*, n.º 57, 1978, pp. 223 (237-245).

Na discussão que se travou na oportunidade da apresentação da proposta em plenário, acentuou Nilo Alvarenga que se louvava na opinião de Hans Kelsen, na comunicação apresentada ao Instituto Internacional de Direito Público, transcrevendo a seguir passagem da conferência proferida perante a Associação Alemã dos Professores de Direito Público:

"Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com a instituição de um Tribunal Constitucional" (Cf. Ana Valderez Ayres Neves de Alencar, "A Competência do Senado para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais", in: *Revista de Informação Legislativa*, n.º 57 (1978), pp. 223 (243).

Parece indiscutível, também, a influência do trabalho Kelsen na proposta de Nilo Al-

varenga relativa à adoção de uma especialíssima *ação popular de inconstitucionalidade*, que permitia a instauração do controle abstrato de normas mediante iniciativa de *qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tivesse interesse* (cf. a proposta acima transcrita). É de Kelsen a afirmação de que a ga-

rantia mais efetiva e radical para o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*. Não lhe parecia recomendável, porém, a adoção da *ação popular de inconstitucionalidade*, porquanto se afigurava muito grande o risco de ações temerárias, que acabariam por sobrecarregar, demasiada e inutilmente, a Corte Constitucional.