

# A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88

## Sumário

1. A função do constitucionalismo. 2. A função do controle de constitucionalidade das leis. 3. A democracia, o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis. 4. A filosofia de controle concentrado de constitucionalidade das leis. 5. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88.

### 1. A função do constitucionalismo

Em *Considerações sobre o Governo da Polônia*, afirmou Rousseau que é contra a natureza dos corpos sociais se impor leis que não possam revogar; mas não é nem contra a natureza nem contra a razão que não possam revogar as leis por meio de solenidades estabelecidas por eles próprios<sup>1</sup>.

Sem grande esforço, a partir dessa genial colocação de Rousseau, percebe-se que a idéia de uma superlegalidade constitucional nasceu da síntese do enfrentamento dialético entre os supostos conceitos do racionalismo de constituição e o fato da mutabilidade da vida histórica. Se não é possível subtrair à constituição a mutabilidade histórica, esta só penetrará na constituição por meio dos mecanismos nela própria previstos, quer dizer, por meio dos métodos especiais de reforma. É o abandono da tese da imutabilidade do conteúdo para assegurar a sua permanência como forma<sup>2</sup>.

Isso não significa, entretanto, que o constitucionalismo seja algo destituído de qual-

Paulo Roberto Barbosa Ramos é Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça Especializada dos Direitos dos Cidadãos Portadores de Deficiência e Idosos de São Luís/MA, Professor Assistente do Departamento de Direito da UFMA, Mestre em Direito pela UFSC, Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP.

quer sentido, de qualquer finalidade, legitimador de todo e qualquer poder; significa tão-somente que as relações de poder, vivenciadas em cada momento histórico, impõem aos homens novas formas de organização, de articulação do poder, daí a necessidade de previsão de mecanismos capazes de absorver essas alterações, com a intenção de manter os princípios informadores do próprio constitucionalismo, os quais podem ser sintetizados *no respeito aos direitos dos indivíduos mediante a previsão de mecanismos de limitação do poder*. Essa é a sua natureza e, como disse Agostinho Ramalho, lembrando Aristóteles, *a natureza de cada coisa é o seu fim*<sup>3</sup>.

Se a finalidade do constitucionalismo é garantir a existência dos direitos fundamentais por meio da limitação do poder, sem, no entanto, representar um entrave às transformações sociais, que constituem um fato, que nada pode impedir, nem mesmo o constitucionalismo, tem este, para lograr cumprir sua natureza, a função de indicar os mecanismos por meio dos quais a ordem será alterada, para se adaptar ao novo momento histórico e o novo momento histórico a ela, sem que sejam feridas aquelas conquistas que representam um grande avanço no processo civilizatório, quais sejam: *o reconhecimento do homem enquanto ser de direitos; o reconhecimento de que cada povo tem o direito de dar a si mesmo uma constituição que julga boa; que os que obedecem à lei devem, também, reunidos legislar*<sup>4</sup>, a partir das quais o próprio constitucionalismo é identificado.

Então, a manutenção dessas conquistas é a função do constitucionalismo, que encontrou no controle de constitucionalidade das leis o mecanismo para a fiscalização dos limites das transformações sociais, tendo em vista, em última análise, o resguardo dos direitos humanos fundamentais. Assim sendo, parece correta a observação de Ferrajoli de que nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito soci-

al, porquanto os direitos fundamentais, precisamente porque garantidos a todos e subtraídos à disponibilidade do mercado e da política, formam a esfera do *indecidível que e do indecível que não* e operam como fatores não só de legitimação, mas também, e sobretudo, de deslegitimação das decisões ou das não-decisões<sup>5</sup>.

Não faz sentido, então, a observação de Sartori<sup>6</sup>, segundo a qual as constituições são apenas formas que estruturam e disciplinam os processos decisórios do Estado, estabelecendo apenas como as normas devem ser criadas, não decidindo o que será estabelecido pelas normas, porquanto o abandono da imutabilidade do conteúdo para assegurar a permanência como forma, destacado por Garcia-Pelayo<sup>7</sup>, serve apenas para demonstrar que o constitucionalismo moderno precisou dessa relativização de conteúdo para encontrar a sua própria identidade, e sua identidade se encontra numa alteração de conteúdo voltado para, por meio da forma, garantir os direitos fundamentais, já que a forma escrita da constituição é característica de um constitucionalismo comprometido com os direitos fundamentais do homem.

## 2. A função do controle de constitucionalidade das leis

O controle de constitucionalidade das leis só tem sentido se analisado a partir de uma legítima idéia de constitucionalismo, e a legítima idéia de constitucionalismo está comprometida visceralmente com a dignidade do homem, pelo motivo de almejar o reconhecimento do homem enquanto ser de direitos a partir da idéia de limitação do poder.

Se as experiências do constitucionalismo não conseguiram realizar tal intento, trata-se de uma outra questão, mas o fato é que o legítimo constitucionalismo almejou o bem comum, na medida em que teve origem numa disposição moral da sociedade, provocada pela consciência do estado de sofrimento, miséria, penúria e infelicidade em

que vivia o homem dentro de uma sociedade que o ignorava enquanto ser de direitos<sup>8</sup>.

Em outros termos, o controle de constitucionalidade das leis só faz sentido dentro da idéia original do constitucionalismo, isso porque a constituição, o instrumento mediante o qual o constitucionalismo se mostra, nada mais é do que uma carta que torna de todos conhecido que as relações de poder devem ter como referência os direitos fundamentais e a impossibilidade de concentração do poder, com a finalidade de assegurar a subsistência dos direitos incorporados a algo que pode ser chamado de *avanço no processo civilizatório*.

Portanto, se a principal função do controle de constitucionalidade das leis é não permitir um retrocesso histórico a partir da capacidade de desconsideração de decisões/leis que afrontem os direitos caracterizadores do legítimo constitucionalismo, o controle de constitucionalidade das leis revela-se uma tarefa de extraordinária importância, não sendo responsabilidade apenas de um homem ou de alguns, mas de toda coletividade.

Sendo assim, o controle de constitucionalidade das leis aparece como algo intrinsecamente ligado à democracia, porquanto voltado para garantir efetivamente o respeito a uma ordem que reconhece aos homens certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, sem contudo desconhecer que a marca da democracia é a criação social de novos direitos, longe de ser mera conservação dos já conquistados<sup>9</sup>.

Com base nesse raciocínio, o controle de constitucionalidade das leis não é o controle de leis/atos/decisões que façam referência a toda e qualquer constituição, mas somente àquelas que realmente traduzam um movimento de reconhecimento de direitos fundamentais e de limitação do poder.

Dessa forma, nota-se que o controle de constitucionalidade das leis deve ter uma base ética, deve estar voltado para a realização do bem comum a partir de determinado projeto de sociedade, projeto esse que jamais deve ser esquecido, sob pena de se desvirtu-

ar as funções das instituições do modelo de sociedade que propiciou a emergência do constitucionalismo.

É por essa razão que o controle de constitucionalidade só faz sentido quando se volta para garantir um modelo de sociedade resultado de um consenso histórico, o qual procura dar dignidade a todos os homens, uma vez que todos são portadores de direitos inalienáveis e imprescritíveis.

Em sendo assim, revela-se completamente descabido falar em controle de constitucionalidade das leis em regimes autoritários ou totalitários, até mesmo porque, nesses ambientes, não estão resguardados os direitos humanos e o poder está concentrado, o que faz com que esses espaços estejam destituídos da idéia de constitucionalismo da qual se está falando e em que o controle de constitucionalidade das leis é possível<sup>10</sup>.

### *3. A democracia, o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade das leis*

Não é impertinente dizer mais uma vez que o controle de constitucionalidade das leis só faz sentido em ambientes democráticos, porquanto é justamente dentro desses onde existem as melhores condições para a consolidação dos direitos fundamentais, justamente os direitos que a técnica do controle de constitucionalidade das leis procura resguardar.

Segundo Ackerman e Rosenkrantz<sup>11</sup>, a existência do controle judicial de constitucionalidade das leis depende da opção da democracia de cada país. Isso não quer dizer que aqueles países que optem por um tipo de democracia que não comporte um controle judicial de constitucionalidade das leis não tenham um parâmetro para a limitação do poder e, conseqüentemente, para o resguardo dos direitos fundamentais. A Inglaterra desmente aqueles que querem pensar doutra forma.

Os mencionados autores desenvolveram essas idéias, tendo em vista três grandes experiências de sociedades democráticas: a inglesa, caracterizada pela *democracia constitucional monista*; a americana, pela *demo-*

*cracia constitucional dualista*, e a alemã, pela *democracia constitucional fundamentalista*<sup>12</sup>.

O primeiro tipo de democracia constitucional se distingue dos demais pela inadmissibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis, porque é resultado de consenso entre os cidadãos o fato de que o Parlamento é a única instância legítima existente, pois apenas seus integrantes são eleitos diretamente pelo povo. Por conta disso, é de aceitação geral que essa instituição tenha autoridade suficiente para estabelecer todas as leis necessárias para o bem-estar do povo, sem que sejam censurados por qualquer outra instância de poder.

A anuência da possibilidade de um controle sobre as ações do Parlamento seria a própria recusa do princípio da vontade da maioria e, conseqüentemente, da legitimidade do poder.

O segundo tipo de democracia constitucional, representado pelos Estados Unidos da América do Norte, denomina-se dualista. É dualista porque distingue as decisões em duas espécies: as do povo e as dos representantes do povo.

As decisões do povo são tomadas em momentos delicados da vida política do país, ou seja, em momentos extraordinários, por exigirem grandes mobilizações em torno de determinados objetivos. As decisões dos representantes do povo são tomadas quotidianamente. Diante dessa situação, o controle judicial de constitucionalidade das leis torna-se aceitável porque sua função é a de estabelecer limites para as decisões destes últimos em relação às decisões daquele<sup>13</sup>.

Os fundamentalistas, por outro lado, argumentam que nem o povo pode derrogar determinados direitos inseridos na constituição, pelo motivo de fazerem parte da herança cultural, herança essa que reflete um avanço no processo civilizatório. Em virtude disso, a atividade de controle de constitucionalidade das leis consiste na conservação dos direitos fundamentais, caracterizadores daquilo que se vem chamando de *avanço do processo civilizatório*<sup>14</sup>.

Assim, para os fundamentalistas, a razão de ser dos direitos é que eles servem como sustentáculo para a persecução de objetivos coletivos por parte das instituições democráticas e que, por isso, caso fossem ceder frente às decisões da coletividade, não lograriam satisfazer a função a que estão chamados a desempenhar<sup>15</sup>. Trata-se, na verdade, do resgate da idéia de democracia liberal, caracterizada pela presença de certos direitos que representam limites à atuação da maioria<sup>16</sup>. Aliás, Dworkin analisa muito bem essa questão, dizendo que “uno derecho contra del gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque esse algo se haga”<sup>17</sup>.

Diante da abordagem desses três modelos de democracia, vê-se que o controle de constitucionalidade das leis só é possível nesses espaços, na medida em que só dentro deles os direitos fundamentais estão resguardados.

Se na concepção monista não se confere ao Poder Judiciário a incumbência de efetuar o controle de constitucionalidade das leis é porque, dentro das sociedades em que esse modelo de democracia se desenvolveu, o povo já se constitui no maior controlador de constitucionalidade das leis, porquanto possui plena consciência de que seus direitos fundamentais devem ser respeitados. Em virtude dessa situação, o controle de constitucionalidade, mesmo sem constituição, dá-se naturalmente, porque a sociedade conseguiu inserir no seu quotidiano o respeito àquilo que os países que adotam constituições escritas tentam garantir aos seus cidadãos mediante um controle institucional e nem sempre conseguem.

No Brasil, ainda está bem distante a viabilização de um espaço democrático no qual o controle de constitucionalidade das leis possa emergir com eficácia real. Percebe-se, todavia, por meio das garantias inseridas na Constituição de 1988, um desejo de construir no país uma democracia do tipo fun-

damentalista, por via da outorga a diversos órgãos estatais e da sociedade civil da capacidade de reivindicar ao Poder Judiciário o cumprimento dos dispositivos constitucionais. Ademais, o próprio Poder Judiciário foi significativamente fortalecido por essa Constituição. Assim, parece muito pertinente a observação de Dobrowolski, segundo a qual se o constituinte não desejasse uma justiça ágil, ter-se-ia omitido em lhe conceder os meios necessários para que tivesse esse perfil de agilidade, perfil esse que pode ser caracterizado pelas ações que permitem a imediata correção das violações a direitos<sup>18</sup>.

Ainda, para caracterizar essa aspiração fundamentalista da Constituição brasileira de 1988, deve-se citar a inserção do § 4º do art. 60, cuja redação determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais.

Lamentavelmente, a Constituição de 1988 coincidiu com um processo mundial de desvalorização dos direitos e, ao mesmo tempo, não conseguiu despertar, naqueles encarregados de sua defesa, a adesão ao seu espírito, *voltado para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*.

Essa falta de sensibilidade, especialmente por parte do Poder Judiciário, demonstra que a maioria de seus integrantes não tem a consciência de que o processo democrático não é uma atividade inorgânica e espontânea, mas uma atividade regrada. As regras que devem reger o processo democrático não são arbitrarias senão que respondem à finalidade de maximizar seu valor epistêmico<sup>19</sup>.

Assim, para que essa situação seja invertida, faz-se necessário que o Judiciário deixe de desempenhar uma função apenas jurídica, técnica, secundária e passe a exer-

cer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos<sup>20</sup>, fazendo com que, apesar de não eleito pelo povo, seja caracterizado como um Poder funcional para o sistema democrático<sup>21</sup>, agindo no sentido da materialização, extensiva a todos os homens, dos direitos fundamentais e de impedir a concentração de poder.

#### 4. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis

A existência do controle de constitucionalidade das leis requer a presença de uma intenção de regular a atividade legislativa, dirigida a obter que dita atividade se desenvolva nos limites que estabelecem alguns preceitos, revestidos de determinadas particularidades, preceitos esses que recebem o nome de constitucionais<sup>22</sup>. Os referidos limites, preceitos, marcos, referem-se aos direitos fundamentais da pessoa humana, caracterizadores do avanço do processo civilizatório.

Portanto, a verdadeira razão da existência do controle de constitucionalidade das leis é justamente a de proteger esses princípios, bem como as instituições criadas para viabilizar a sua materialização.

Cada sociedade, de acordo com o modelo de democracia que acolhe, privilegia o controle mais viável para efetivação dos direitos fundamentais<sup>23</sup>.

E foi justamente tendo em vista desenvolver um ambiente concretamente democrático que emergiu na Europa, entre o final da primeira década e início da segunda, a idéia do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

A referida idéia surgiu para rejeitar a possibilidade de todo e qualquer juiz poder efetuar dito controle, pois se buscava preservação tanto das idéias de separação dos poderes quanto de segurança jurídica, tão caras aos europeus, os quais sentiram em muitos momentos a força do poder ilimitado e o terror da insegurança jurídica.

Em virtude da necessidade de se impedir uma sociedade de poder concentrado e

suscetível a insegurança jurídica, entenderam que tão relevante tarefa não poderia ser acometida aos juizes, classe de burocratas investida de maneira não-democrática nas suas funções, assim como apenas preparados dentro de uma cultura extremamente legalista<sup>24</sup>.

Procuravam os arquitetos da nova sociedade européia instituir um órgão que efetuassem o controle de constitucionalidade das leis visualizando a constituição como um projeto de sociedade a ser efetivamente materializado, o qual se ancorava, antes de mais nada, na necessidade de garantir os direitos fundamentais, só possível dentro de um espaço democrático, só viabilizado em contextos caracterizados pela inexistência da concentração do poder. Projetaram, então, os Tribunais Constitucionais, cuja composição é efetuada de forma distinta da dos demais tribunais, isso como maneira de assegurar sua maior legitimidade, bem como sua consonância com um período histórico comprometido com a materialização de direitos caracterizadores do avanço do processo civilizatório.

Assim, o controle concentrado de constitucionalidade das leis surge para garantir segurança jurídica à sociedade<sup>25</sup>, tendo por base a rapidez do julgamento de uma lei ou ato normativo cuja constitucionalidade é questionada, tudo dentro de um processo objetivo, sem partes, sempre com a intenção de, a partir dessa decisão, que uniformiza tratamentos e atuações, agilizar a construção de uma sociedade rumo ao bem-estar social, só possível num ambiente democrático, porque reconhecedor da separação dos poderes como condição *sine qua non* para a garantia dos direitos humanos fundamentais<sup>26</sup>.

##### 5. A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88

Se a filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis se assenta na necessidade de garantir os direitos humanos fundamentais, por meio do mecanismo

da valorização do sistema de separação dos poderes e da idéia de segurança jurídica, o constituinte de 1988, tendo em vista o atraso da sociedade brasileira na realização desse projeto, só poderia valorizar esse controle como forma de construir, no menor espaço de tempo possível, uma sociedade mais justa.

Assim, verifica-se que o controle concentrado de constitucionalidade das leis adotado no Brasil tendeu para esse caminho, o de construir, no menor espaço de tempo possível, uma sociedade mais justa, só pecando quando manteve a atribuição de guarda da Constituição a um tribunal ordinário, muito embora órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, acostumado a tomar decisões preocupado muito mais com filigranas formais que com a vontade de ver as normas inscritas na Constituição efetivamente materializadas.

Daí ter alertado o constitucionalista Repetto que o trabalho do órgão controlador de constitucionalidade das leis não deve-se reduzir a comparar os preceitos constitucionais com a lei cuja constitucionalidade se discute, isso porque nem a lei nem a constituição têm um conteúdo fixo e determinado que o órgão controlador se limita a constatar<sup>27</sup>.

Apesar do alerta de REPETTO, o seu entendimento ainda não ecoou no Brasil, porquanto as normas jurídicas são vistas pela grande maioria dos juizes como razões operativas para justificar suas ações ou decisões, quando a boa orientação indica que não são, a menos que se as conceba como derivadas de princípios morais<sup>28</sup>.

Apesar dessa tradicional postura dos magistrados brasileiros, a preocupação maior do constituinte 1988 esteve voltada para criação de mecanismo para a garantia dos direitos fundamentais do homem, mediante mecanismos limitadores do poder e voltados para propiciar a segurança jurídica.

Em virtude dessa preocupação, deram grande destaque ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, aquele efetuado por um único tribunal e da maneira mais

breve possível, provocador de conseqüências imediatas, com eficácia *erga omnes*.

Diante disso, parece correto o ensinamento de Repetto segundo o qual a extensão das garantias constitucionais reconhecidas aos particulares, a maior ou menor amplitude de competência que se reconheça aos diversos órgãos constitucionais, o caráter exclusivo ou concorrente, mínimo ou máximo da competência; a possibilidade para os particulares ou bem só para determinados órgãos constitucionais de solicitar a declaração de inconstitucionalidade, a oportunidade para solicitar esta e os efeitos de tal declaração nos indicam em benefício de quem se estabeleceu o controle de constitucionalidade<sup>29</sup>.

Isso, por si só, indica a vontade do legislador constituinte de ver o projeto de sociedade voltado para a materialização dos direitos humanos fundamentais rapidamente consolidado.

Dessa forma, o controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira pós-88 assenta-se na filosofia de consolidar a democracia por meio da materialização imediata dos direitos humanos fundamentais, daí a prioridade a um controle célere e em tese de constitucionalidade das leis, possível de ser efetuado por vários segmentos da sociedade civil brasileira.

### Notas

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Considérations sur le Gouvernement de Pologne* apud GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 3. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953. p. 130.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>3</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz-cidadão. In: *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão*. n. 4, 1995. p. 63. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción espanhola por Alfredo Gallego Anmabitarte. 2. ed. e 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986. p. 215.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução

por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 51-54.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades (org). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 98-99.

<sup>6</sup> SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional - como mudam as constituições*. Tradução por Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1996. p. 214-215.

<sup>7</sup> GARCIA-PELAYO. Op. cit., p. 131.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 54.

<sup>9</sup> CHAUÍ, Marilena. Apresentação. In: LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. Tradução por Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 11.

<sup>10</sup> Defende-se essa idéia porque a existência de constituição escrita não implica, em absoluto, *ipso facto* uma garantia de distribuição e, portanto, limitação do poder, já que, cada vez com mais frequência, a técnica da constituição escrita é usada conscientemente para camuflar regimes autoritários e totalitários. Em muitos casos, a constituição escrita não é mais que um cômodo disfarce para a instalação de uma concentração do poder em mãos de um único detentor, o que faz com que a constituição esteja privada de seu intrínseco fim: a institucionalização e distribuição do poder político. LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 214.

<sup>11</sup> ACKERMAN, Bruce. Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. In: ACKERMAN, Bruce et al. *Fundamentos y Alcances del control judicial de constitucionalidad - investigación colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires*. *Cadernos y Debates*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, n. 29, 1991. p. 13-31.

<sup>12</sup> ACKERMAN, Bruce, ROSENKRANTZ, Carlos F. Tres concepciones de la democracia constitucional. In: BRUCE, Ackerman et al. *Fundamentos y Alcances del control judicial de constitucionalidad - investigación colectiva del centro de estudios institucionales de Buenos Aires*. p. 13-31.

<sup>13</sup> *Id. Ibid.*, p. 16.

<sup>14</sup> *Id. Ibid.*, p. 22.

<sup>15</sup> *Id. Ibid.*, p. 23.

<sup>16</sup> NINO, Carlos S. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: ACKERMAN, Bruce et al. Op. cit., p. 122.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción por Marta Guastavino. Barcelona: Editori- al Ariel, 1995. p. 289.

<sup>18</sup> DODROWOLSKI, Sílvio. *O pluralismo e o controle de poderes do Estado*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 206. (Tese de Doutorado).

<sup>19</sup> NINO, Carlos S. Op. cit., p. 125.

<sup>20</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. Op. cit., p. 99.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43.

<sup>22</sup> REPETTO, Raul Bertelsen. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1969. p. 5.

<sup>23</sup> Note-se que aqui não se está falando de sociedades democráticas apenas formalmente, mas sim de sociedades efetivamente, materialmente democráticas e daquelas que tenham uma sincera disposição de tornarem-se democráticas.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 88-89. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. [s.l.:s.n.], [s.d.]. p. 67.

<sup>25</sup> Não deve passar despercebido o fato de na Áustria, país onde nasceu o controle concentrado

de constitucionalidade das leis, por inspiração de Kelsen, existir a possibilidade de haver tratamento desigual diante de uma declaração de inconstitucionalidade de lei, isso em razão do efeito que produz, que é *ex nunc*, a fim de que seja garantido o princípio da segurança jurídica, que acaba ferindo o da igualdade, mais importante ainda. Vide CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 104-114.

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 84.

<sup>27</sup> Id. Ibid. p. 31.

<sup>28</sup> NINO, Carlos. Op. cit., p. 108 & BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Traducción por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1987. p. 42-43.

<sup>29</sup> REPETTO, Raul Bertelsen. Op. cit., p. 6.