



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: A
LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA
MODULAR OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

IDP - BIBLIOTECA

João Bosco Marcial de Castro

Brasília/DF

2010

IDP - BIBLIOTECA	
Título:	013092
Data de Aquisição:	03/03/11
Forma de Aquisição:	



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: A
LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA
MODULAR OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

JOÃO BOSCO MARCIAL DE CASTRO

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP como parte dos requisitos para
obtenção do título de mestre

Orientador: Prof. Inocêncio Mártires Coelho

Brasília/DF

2010



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: A
LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA
MODULAR OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

JOÃO BOSCO MARCIAL DE CASTRO

Orientador: Inocêncio Mártires Coelho

Componente: Ronaldo Poletti

Componente: Luis Moreira

Brasília/DF

Dezembro 2010

À minha esposa Maria da Conceição, aos meus filhos Cássio Thito e Marya Cecília. Toda dedicação, toda paciência, todo gesto de amor e bondade contribuíram para a realização do trabalho.

Aos amigos Flávio Jardim e Marcelo do Val, que se apresentaram para debater o tema da dissertação, bem assim a Domingos Franco da Silva que me auxiliou, de modo abnegado e gentil, em todos os momentos da pesquisa.

“É possível que a manipulação do ‘modelo ponderador’ seja uma das explicações para o actual pragmatismo jurisprudencial dos tribunais constitucionais. (...) A ponderação não é um processo desordenado e desregulado que termina em qualquer decisão. Pelo contrário é um processo estruturado de investigação e descoberta de decisões. O ‘modelo ponderador’ parece agravar os seus defeitos quando é eleito como método de excelência no balanceamento de princípios”. (J. J. Gomes Canotilho, in *Jurisdição constitucional e Intranqüilidade Discursiva*)

“Árbitros entre os poderes, sob a Constituição, continuais a ser árbitros da vossa competência; os guardas que ninguém guarda, senão a vossa própria consciência. Sem a investidura de um mandato popular direto, representais o órgão, por excelência, de defesa da democracia (...)” (Rui Barbosa, in *Revista Forense*, vol 128/275, 1950)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
-----------------	----

PRIMEIRA PARTE

CAPÍTULO 1 – CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS CONCERNENTES ÀS LEIS E NORMAS DE CARÁTER CONSTITUCIONAL - SANÇÃO DE NULIDADE.....	18
--	-----------

CAPÍTULO 2 – O CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL.....	28
--	-----------

2.1 – ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	28
--	----

2.1.1 – No Império.....	28
-------------------------	----

2.1.2 – Na República.....	34
---------------------------	----

2.2 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS.....	36
---	----

2.3 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO. IMPLICAÇÕES. VISÃO PANORÂMICA.....	39
--	----

CAPÍTULO 3 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA VONTADE SOBERANA DO POVO.....	49
---	-----------

3.1 – A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	49
--	----

3.2 – A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E O EFEITO VINCULANTE.....	53
--	----

3.3 – O CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: CARÁTER ABSTRATO DA DECISÃO E OS EFEITOS DA COISA JULGADA.....	60
---	----

3.4 – DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: OS EFEITOS TEMPORAIS.....	66
---	----

3.4.1 – No sistema de controle da constitucionalidade americano.....	66
--	----

3.4.2 – No sistema de controle de constitucionalidade austríaco.....	69
--	----

3.4.3 – Pronunciamento de inconstitucionalidade da lei. Efeitos temporais.....	77
--	----

3.4.4 – Sistema de controle de constitucionalidade: nulidade, anulabilidade, existência e validade.....	87
---	----

3.4.5 – O dogma da supremacia das normas constitucionais: a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal.....	95
---	----

3.4.6 – A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Uma pseudo mutação constitucional.....	112
--	-----

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 4 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO DECLARATÓRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	118
---	------------

4.1 – A COMPETÊNCIA OUTORGADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	118
--	-----

4.2 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A PROPOSTA DE TRANSMUTAÇÃO EM CORTE CONSTITUCIONAL E A DE ADOÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	129
---	-----

4.3 – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO PROVIMENTO DECLARATÓRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DO ATO NORMATIVO. LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	133
---	-----

4.4 – O DIREITO COMPARADO E A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA.....	141
---	-----

4.4.1 – O direito comparado.....	141
----------------------------------	-----

4.4.1.1 – Modelo alemão.....	141
------------------------------	-----

4.4.1.2 – Modelo português.....	144
---------------------------------	-----

4.4.1.3 – Modelo espanhol.....	155
--------------------------------	-----

4.4.1.4 – Importância do direito comparado.....	156
---	-----

4.4.2 – A jurisprudência americana.....	161
---	-----

4.4.3 – Supremo Tribunal Federal. Modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade. Competência atribuída via lei ordinária. Legitimidade.....	170
--	-----

4.4.4 – O valor dos atos inconstitucionais.....	191
---	-----

4.4.5 – Modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade: Os pressupostos tomados como fundamento.....	199
--	-----

4.4.5.1 – Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.....	199
--	-----

4.4.5.2 – A aplicação do princípio da boa-fé e a motivação calcada na existência de excepcional interesse social.....	215
---	-----

4.4.5.3 – A presunção de constitucionalidade e a investigação e declaração de inconstitucionalidade.....	220
--	-----

4.4.5.4 – O justo e o problema da justiça.....	222
--	-----

IDP - BIBLIOTECA

4.4.5.4.1 – O juízo de ponderação como elemento de interpretação e aplicação para obter a solução justa. A justiça e o problema da justiça.....	227
4.4.6 – O soberano, a outorga de poderes e a democracia.....	232
4.4.7 – A modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: Ilegitimidade e conseqüente aparente estado de exceção.....	247
CONCLUSÃO.....	262
REFERÊNCIAS	266
a) Livros.....	266
b) Artigos.....	276
c) Jurisprudência.....	278

RESUMO

O Poder Judiciário detém o monopólio jurisdicional e o Supremo Tribunal é o guardião da Constituição do Brasil. A aferição da compatibilidade dos atos administrativos e legais com a Constituição é atribuição conferida, nos Estados modernos, a jurisdição de tribunal constitucional. Seja pela via do controle abstrato ou do incidental/difuso, a jurisdição constitucional privilegia a força normativa e a eficácia da Constituição. Tendo presente o dogma da supremacia das normas constitucionais, a Constituição é diretriz e fundamento de justificação dos atos legislativos e das relações na sociedade. É inconcebível, por isso, que a legislação contrária ao ordenamento constitucional e, portanto, sem eficácia, não seja desde logo expurgada do mundo jurídico no momento da declaração de nulidade.

Em outro sentido, no entanto, tem-se encaminhado parte da doutrina e de precedentes do Supremo Tribunal Federal. Com base em motivação relacionada à segurança jurídica, à boa-fé, ao princípio da confiança e, no âmbito político, a existência de relevante valor social, a Suprema Corte procede à modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, com o escopo de preservar os fatos surgidos em decorrência da aplicação da lei declarada nula. Julgados assim passaram a conter duas partes dispositivas em situação de antítese: declara-se a nulidade da lei editada em desacordo com as normas e princípios constitucionais e, em passo seguinte, abandonando o aspecto objetivo do processo, realiza-se a modulação, ou a limitação, dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade, tendo em consideração aspectos subjetivos presumidos na causa.

O Supremo Tribunal põe à margem a competência constitucional que, de modo estrito, lhe foi outorgada. Assim procede, sem que o soberano - o povo constituinte representado no Parlamento - lhe conferisse a atribuição ou competência para, ainda que temporariamente, suspender a força normativa da Constituição, mitigando o dogma da supremacia das normas constitucionais. Despreza-se o que estabelecido em nome do povo constituinte. Olvida-se do caráter de poder constituído. E, com escólio no direito comparado e na jurisprudência estrangeira, o Supremo envereda-se no curso da realização da justiça, assumindo via alternativa de

concretização de direitos subjetivos, como se integrante da Justiça ordinária fosse e não lhe coubesse precipuamente o exercício da competência de guardião da ordem constitucional, do princípio constitucional, do Estado Democrático de Direito.

A legitimação do Supremo Tribunal, contudo, não advém do que se contém no direito comparado, na jurisprudência alienígena ou em lei ordinária que viesse lhe acrescer outras atribuições. A competência para imprimir efeitos diversos a decisão declaratória de inconstitucionalidade somente encontra ambiente legislativo adequado na Constituição Federal, por implicar a referida limitação dos efeitos do ato inconstitucional a modificação no sistema jurídico nacional e a suspensão, ainda que temporariamente, da eficácia da Constituição. Porque não está inserida no rol de competências taxativamente previsto na Constituição Federal, falece legitimidade ao Supremo para proceder à modulação dos efeitos do ato inconstitucional, convalidando-o ou conferindo a este juridicidade em detrimento da força impositiva e cogente das normas constitucionais. Em decisão definitiva, definitivamente o Supremo realiza, no processo julgado, a suspensão da Constituição. Há atípica instauração de estado de exceção.

Palavra-chave: Declaração, inconstitucionalidade, efeitos temporais, modulação, legitimidade.

ABSTRACT

The Judiciary has the jurisdictional monopoly and the Supreme Court is the guardian of the Brazilian Constitution. This Court is responsible for the compatibility evaluation of legal and administrative acts with the Constitution, in modern states. Whether by means of an abstract or incidental / diffuse control the constitutional jurisdiction focuses on the normative strength and the Constitution effectiveness. Bearing in mind the constitutional norms supremacy dogma, the Constitution is the guideline and justification basis of legislative acts and social relations. It is inconceivable, therefore, that contrary to Constitution legislation – and thus, ineffective –, it is not purged from the legal world outset when it is declared null and void.

Part of the Supreme Court's doctrine has been sending in another direction. The Supreme Court makes modulation of the unconstitutional declaratory act's effects based on motivational aspects of legal certainty, good faith, the trust principle and, in the political framework, the existence of relevant social significance, with the scope to protect facts that have arisen as a result of law enforcement that was declared null. This understanding leads to the existence of two contradictory legal aspects: declares the invalidity of the law issued in disagreement with constitutional rules and principles, and the next step, forgoing the process objectivity, takes place the modulation or the limitation of the unconstitutionality declaratory judicial act's effects, considering subjective aspects involved.

The Supreme Court sets aside the strict constitutional competence that was granted to it. However, the sovereign people represented by the parliament did not attribute responsibility to this Court to suspend the constitutional normative strength, even temporarily, mitigating the constitutional norms supremacy dogma. The established power is forgotten by the despise of what is established on behalf of constituent people. Thus, sustained in comparative law and foreign jurisprudence, the Supreme Court assumes subjective rights as if they were part of the regular courts, forgetting its role as guardian of constitutional order, constitutional principle and democratic state of law.

The Supreme Court's legitimacy does not come from comparative law content, jurisprudence or ordinary law that could add to it other assignments. The authority to interpret in a different way the unconstitutionality declaring decision has an appropriate legislative environment in Federal Constitution, because it implies in changes in the legal system and suspension of the constitutional effectiveness, even temporarily. The Federal Constitution determines the competences, and there is no legitimacy to Supreme Court to carry out the unconstitutional act effects modulation. By the case dismissed, the Supreme Court definitely declares the Constitution suspension. There is atypical introduction of exception state.

INTRODUÇÃO

Hans Kelsen acentua que *“todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de tratá-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório”*¹.

A regularidade dos atos legislativos e normativos está na noção de Constituição adotada pelos Estados modernos como fundamento de seu ordenamento jurídico. A declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos ou normativos pode decorrer de irregularidade no procedimento de elaboração da lei ou por contrariedade de seu conteúdo com os princípios e regras constitucionais². A Constituição é norma³ diretiva e fundamento de justificação dos atos estatais e das relações sociais.

A faculdade de editar atos legislativos e de executar atos individuais tem sua validade na presunção de haverem sido praticados em estrita observância às regras e aos princípios constitucionais. A questão atinente à regularidade ou à irregularidade dos atos legislativos ou normativos, no entanto, não encontra solução em decisão tomada pelo cidadão ou pelo órgão estatal a que estes se dirigem. Esse agir, que encerra o princípio da autolegitimação dos atos das autoridades, pode encontrar valorização no momento prévio da edição da lei. Não em momento posterior.

A Constituição, por isso, outorgou a um ente estatal a competência para a verificação da regularidade das leis e dos atos normativos. Não se trata de órgão que se

¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, 2003, Editora Martins Fontes, p. 141.

² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 281: Princípio é a norma jurídica dotada de um grupo de abstração relativamente elevada, enquanto a regra dispõe de abstração relativamente reduzida. O princípio constitucional impõe aos órgãos do Estado a realização de finalidade, a execução de tarefas e a formulação de programa. A regra se introduz no domínio da organização e do funcionamento de órgãos, serviços e atividades do Estado e do Poder.

³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 281: norma jurídica designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem; confere poderes e opera derrogações; determina comportamento externo, de modo a separá-la da norma religiosa e da norma ética, que fixam comportamento interior. A norma poderá exteriorizar-se no princípio e na regra. Norma jurídica é signo de valores.

sobreponha aos demais Poderes do Estado. Sem menosprezo à atuação desses, compete-lhe verificar se os atos por eles praticados se ativeram à exata compreensão das regras, normas e princípios constitucionais.

A aferição da compatibilidade dos atos administrativos e legais com a Constituição é atribuição conferida, nos Estados modernos, à jurisdição de tribunal constitucional. No Brasil, a jurisdição constitucional é exercida pela via de dois procedimentos ou sistema de controle. O controle abstratamente considerado - via da ação direta -, atribuída a competência a um órgão estatal específico, o Supremo Tribunal Federal; o controle incidental e difuso de constitucionalidade, para o qual têm competência todos os integrantes do Poder Judiciário. Em qualquer dos sistemas, a jurisdição constitucional prima pela força normativa e pela eficácia da Constituição.

Não se pode olvidar que a aferição da constitucionalidade de lei ou de ato normativo se dá em razão da primazia do direito constitucional, da prevalência da força normativa e da eficácia das regras da Constituição, ainda que a declaração de inconstitucionalidade seja decorrente do exame de processo em que concretamente haja um litígio.

O tema do controle de constitucionalidade das leis, fundado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocá-la acima de todas as outras manifestações de direito. Se a lei ordinária e os atos normativos não se conformarem com a Constituição, são eles acoimados de vício de nulidade incomum, pois realizados a partir de conduta que excedeu o mandato expresso no texto constitucional.

Visto por este prisma, o controle de constitucionalidade se insere entre os temas relacionados com a Filosofia do Direito. O primeiro, o atinente à distinção entre lei e o direito, entre o positivismo jurídico, no qual se estabelece a confusão com o direito e a ordem jurídica. O sistema pelo qual se compreende que ordem jurídica positiva só encontra razão quando realiza os fins do direito, a realização da Justiça. O segundo tema abrange o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos e se refere à limitação do

órgão político ao qual conferida a função legislativa, sem prejuízo da presumida vontade da sociedade política e do equilíbrio entre as forças que exercem o poder.

Quanto ao primeiro, importa ressaltar que a lei não é a única fonte formal de direito, nem este se resume no ordenamento estatal. Há categorias geralmente utilizadas pelo Direito Natural que precederam o momento da positivação. Existem outras fontes, como os costumes, o poder negocial, as quais o Estado confere o caráter jurídico. No tocante ao segundo, o controle de constitucionalidade representa mais um instrumento de limitação do Poder do Estado. Limitação de caráter jurídico. Daí a criação de técnicas de controle de Poder, como o da constitucionalidade das leis, a tripartição de poderes e a adoção do sistema federativo⁴.

Nesta óptica, a competência outorgada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal para o controle da constitucionalidade de lei traz ínsita a certeza da eficácia cogente das normas da Constituição e da supremacia de seus preceitos, tornando ineficazes as disposições contrárias ao seu texto. O controle de constitucionalidade apresenta-se como instrumento de preservação da unidade constitucional e da ordem jurídico-fundamental. A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal preserva e contextualiza as normas constitucionais. O objeto principal da jurisdição constitucional, portanto, é a investigação da constitucionalidade das leis.

O modelo adotado tradicionalmente no Brasil é o declaratório de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, de nulidade, *ab initio*. O efeito imediato da decisão declaratória alcança a *ratio* da lei ou do ato normativo e, como decorrência, em virtude da declaração da incompatibilidade com a Constituição o ato impugnado tem aplicação recusada pelo Poder Judiciário. Da ineficácia do ato legislativo, por incompatibilidade com a Constituição, advém a impossibilidade de incidir e, portanto, fazer surgir direito.

⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución, Tradução Alfredo Gallego Anabitarte, Editora Ariel, 2ª edição, Barcelona, 1969, p. 619.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem procedido à modulação dos efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade. Mitiga-se a cláusula de nulidade, fazendo subsistir os efeitos mediatos decorrente da aplicação da lei posteriormente declarada nula. A razão de assim decidir tem como motivação a segurança jurídica, a boa-fé, o princípio da confiança e, no âmbito político, a existência de relevante valor social. Com escólio no direito comparado e na jurisprudência estrangeira, o Supremo envereda-se no curso da realização da justiça, assumindo a via alternativa de concretização de direitos subjetivos, atuando como integrante da Justiça ordinária.

Indagar-se-á, então, se a atuação do Supremo Tribunal no sentido de modular os efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade encontraria suporte na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, presente o fato de a Suprema Corte a eles fazer sempre referência, como justificativa ou motivação; se no âmbito da competência outorgada ao Supremo estaria inserida a possibilidade de, como guardião da Constituição e instância última da interpretação do texto constitucional, declarar a inconstitucionalidade da lei, mas sem pronunciar a nulidade, com escopo de salvaguardar direitos subjetivos, suspendendo a eficácia cogente da força normativa da Constituição em relação ao caso julgado, fazendo-o, inclusive, de modo definitivo, pois definitivo é o provimento judicial; por fim, se como poder constituído e guardião da ordem constitucional democrática apresentar-se-ia admissível, ainda que temporariamente, o desprezo ao princípio da legalidade substancial, no caso, ao princípio da legalidade constitucional, ao princípio da constitucionalidade e ao princípio democrático?

Estabelecida a problemática, buscou-se na doutrina, no histórico legislativo, nas exposições de articulistas e na jurisprudência a reapreciação de conceitos, da definição e do alcance da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Investigaram-se a possibilidade de existir antinomia entre a realidade constitucional e o direito constitucional formal, passando-se pela eventualidade de o confronto vir a obscurecer a potencialidade das normas escritas da Constituição, a impor

condicionamento à força normativa da Lei Fundamental, considerando-se as realidades sociais e políticas do Estado.

A rigidez presumida e a hierarquia das leis são as conseqüências advindas de uma Constituição escrita. Disso decorre também a impossibilidade de o legislador ordinário proceder à emenda à Constituição por lei. Tem-se, então, o estabelecimento de distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos: a lei de matéria constitucional é obra do Poder Constituinte, por delegação do povo, o soberano; a lei ordinária é obra do poder constituído, limitado pela própria Constituição. Assim, tratando-se de constituições rígidas, exige-se procedimento diferenciado para a aprovação de emendas. Essa formalidade, visando dificultar a alteração e a modificação da constituição, está fundada na idéia do Poder Constituinte do povo, no acordo direto com o povo, na idéia de representantes, a quem o povo especialmente delegou poderes para elaborar Constituição.

Após estudos realizados acerca do tema concernente à legitimidade do Supremo Tribunal para proceder à limitação dos efeitos do ato declarado inconstitucional, é possível concluir que a legitimação não advém do que se contém no direito comparado, na jurisprudência alienígena ou em lei ordinária que viesse lhe acrescer competência. A competência para imprimir efeitos diversos à decisão declaratória de inconstitucionalidade somente encontra sede legislativa adequada na Constituição Federal, por implicar limitação dos efeitos do ato inconstitucional, modificação no sistema jurídico nacional e suspensão, ainda que temporariamente, da eficácia da Constituição. Portanto, falece legitimidade ao Supremo para proceder à modulação dos efeitos do ato inconstitucional, convalidando-o ou conferindo a este força normativa em detrimento da força impositiva e cogente das normas constitucionais. Em decisão definitiva, definitivamente o Supremo realiza, no processo julgado, a suspensão da Constituição. Haveria atípica instauração de estado de exceção.

CAPÍTULO 1

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS CONCERNENTES ÀS LEIS E NORMAS DE CARÁTER CONSTITUCIONAL - SANÇÃO DE NULIDADE

Mauro Cappelletti, escrevendo sobre controle de constitucionalidade das leis no direito comparado, ressalta a ânsia dos homens em criar ou descobrir uma hierarquia das leis, bem assim o modo de garanti-la, considerados os valores fundamentais. É da índole humana o desejo de perenes transformações. As leis mudam, mas a Lei fundamental permanece⁵.

Reside aí a importância de revisitar o histórico-legislativo para compreender a normatividade que decorre ao longo do tempo.

Assinala-se a compreensão a respeito da hierarquia das leis e do conseqüente vício de nulidade no período do Século V antes de Cristo, no Governo de Péricles, durante a "Democracia Grega". Há a menção ao *Grahé Paranomón*, instituto por meio do qual o cidadão grego se tornou responsável pela defesa das leis e da constituição, cabendo o encargo de denunciar lei ou o ato tido como contrários às leis atenienses e ao interesse público. A decisão - segundo Hélio Jaguaribe - tinha efeito retroativo⁶. Qualquer cidadão poderia exercer o direito de acionar o autor de uma moção ilegal. O acusador deveria deduzir a proposição por escrito, indicando a lei que entendera haver sido violada, anunciando a intenção na Assembléia do povo, mediante juramento, antes ou depois da votação das disposições que ele julgasse ilegais. Essa declaração oficial tinha por efeito suspender a validade da moção ou do decreto até o julgamento por um tribunal de, no mínimo, mil jurados. Toda moção poderia ser atacada por vício formal, sendo mais grave a ilegalidade material. O autor da moção, caso fosse ela julgada contrária às leis ou à

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, Milão, Giuffrè, 1976, p. VIII.

⁶ JAGUARIBE, Hélio. *A Democracia de Péricles a Democracia Grega*, Brasília, Universidade de Brasília, 1982, p. 36.

constituição, bem assim todos os que tivessem aderido à aprovação do ato impugnado, ficavam sujeitos a graves sanções: três condenações por ilegalidade acarretavam a perda do direito de fazer proposições à Assembléia; para o autor da moção tida por ilegal, a sanção estava sujeita à prescrição no decurso de um ano; mas para a fiscalização da regularidade da moção não havia prazo prescricional: ela sempre poderia ser anulada por uma sentença do tribunal. Em Atenas impedia-se, por esse instrumento jurídico do *Grahé Paranomón* - semelhante ao controle da constitucionalidade - o abuso do direito de iniciativa das leis. Por esse meio imprescritível de reparar os erros, permitia-se aos agentes do Estado apelar ao Tribunal, possibilitando o desaparecimento, nas leis, das contradições e das obscuridades⁷.

A teoria do Direito Natural foi a primeira a investigar o problema das leis fundamentais e isso ocorreu na Inglaterra. Hobbes aceita a expressão lei fundamental e a define como aquela lei que, acaso suprimida, destruiria o corpo do Estado e o faria cair na anarquia. A lei fundamental se identificaria com o contrato social, assentado por unanimidade e, por isso, inalterável enquanto subsistisse o Estado. No contrato social está implícita a cláusula de submissão ao príncipe.

Locke repete a idéia para considerar como vontade própria a vontade da maioria. Em razão disso, na Inglaterra foi reconhecido o princípio da maioria para todas as espécies de leis e não se admitiu a distinção prática entre leis constitucionais e leis ordinárias⁸. O Parlamento inglês detém toda a soberania do Estado. Não há hierarquia entre leis. Para tanto poder, um limite: o direito natural, e, antes dele, o costume, como essência do direito inglês. Tem-se, no entanto, maior complexidade: não se tratando de saber se uma lei é ou não constitucional, verifica-se se é lei ou não, a partir da consideração do justo, conforme o direito. Se a lei é injusta, por não se conformar com o direito natural, ela não é lei. Consequentemente, não merece aplicação⁹.

⁷ POLETTI, Ronaldo. Controle da constitucionalidade das leis. 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 9-12.

⁸ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Enciclopédia Britânica, Chicago, Great Books, 1952, p. 138.

⁹ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, 2ª edição revista e ampliada de acordo com o a Constituição de 5 de outubro de 1988, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 2-9.

Esse modelo de controle de constitucionalidade refletia duas ordens, com predomínio da ordem constitucional e anulação da ordem ordinária que à primeira se opõe: a aplicação dos princípios do *due process of law* e do *The Law of the Land*. A Inglaterra não possui um documento jurídico escrito, intitulado “constituição”. Mas os ingleses possuem leis de natureza constitucional, devidamente formalizadas, devendo ser recordadas a Magna Carta e os documentos jurídicos que a confirmaram: a *Petition of Rights* e o *Bill of Rights*. Referidos documentos tiveram por intento limitar os poderes da Coroa e do Parlamento. Os ingleses se insurgiram contra a tirania da Coroa e o despotismo do Parlamento, dando ensejo à “República Puritana de Cromwell”¹⁰ (1649-1660). Com a deposição da família Cromwell do poder político, surge o período de restauração da monarquia (1658-1688), que culmina com a Revolução Gloriosa (1688), período em que foram elaboradas duas leis: *Agreement of The People* e o *Instrument of Government*, que representavam a primeira constituição escrita da Inglaterra: dispunham sobre a separação de poderes e a declaração de nulidades e de ineficácia de leis que lhe contrariassem a liberdade de consciência¹¹. Estabeleciam-se os limites legais à atividade do Parlamento e aos poderes da Coroa, limitações que se concretizaram não apenas pelos documentos históricos da Magna Carta e aqueles que a confirmaram, como também na adoção do *common law* e nos princípios religiosos, morais e concepções de direito natural em voga nos séculos XVI e XVII, daí sendo formada a opinião da existência de uma hierarquia de normas com a prevalência de mandamentos jusnaturalistas¹².

As reações aos abusos políticos foram construindo um regime de liberdade e de limitações ao governo. Em nome de direito, os atos da Coroa e do Parlamento foram considerados nulos, írritos e arbitrários: entendia-se que o fato de situar todo o Poder no

¹⁰ A Revolução Gloriosa foi um dos eventos mais importantes na longa evolução dos poderes do parlamento e da Coroa inglesa. Com a passagem no parlamento da *Bill of Rights* (declaração de direitos), foi tornado impossível o retorno à monarquia por um católico, e acabou com as tentativas recentes para o absolutismo monárquico, nas ilhas britânicas, ao circunscrever os poderes do monarca. O evento marcou a supremacia do parlamento sobre a coroa. A denominação de Revolução Gloriosa se deve ao fato de não ter havido derramamento de sangue na imposição de novo regime de Poder Político.

¹¹ “*Instrument of Government*”, artigo 38: “Todas as leis, estatutos, ordenações e cláusulas, em qualquer lei, estatuto ou ordenança, em contrário à liberdade de consciência, serão considerados nulos e írritos” – vide Bandeira de Mello, in “A Teoria das Constituições Rígidas”, p. 99.

¹² JÚNIOR, Lourenço. Da Constitucionalidade das Leis - Tese. São Paulo, 1949, p. 29.

Parlamento não significava que a Casa dos Representantes pudesse praticar atos desautorizados pela natureza; os direitos individuais absolutos, como a segurança pessoal, as liberdades individuais e a propriedade seriam inexistentes se não amparados pela constituição. Exigia-se o permanente chamado aos valores da justiça. Assim, os cidadãos, na defesa de direitos impostergáveis, deveriam recorrer à proteção da Justiça, do Rei e do Parlamento. Se não produzida defesa eficaz, ser-lhes-ia lícito recorrer às armas, impor resistência, na linha do pensamento de Locke¹³. Assim também dispunha a doutrina de Edward Coke¹⁴, na qual sustentava, com vigor, que o juiz pode declarar nula uma lei, ou por ser contrária a razão e ao direito natural, ou por usurpar prerrogativas reais¹⁵.

Também os juristas portugueses do século XVII tiveram compreensão acerca do problema relacionado ao vício de leis e atos normativos, por inobservância à existência de hierarquia das leis. Ocorrendo antagonismo entre uma ordenação do Reino e uma lei municipal, cabia ao Corregedor das comarcas decretar a nulidade desta, a fim de salvar a autoridade daquela. Firmava-se a invalidade das leis incompatíveis com as Ordenações. No Código Filipino, no Livro I, título 58, nº 17, estava expresso:

“E informar-se-á, ex officio, se há nas Câmaras algumas posturas prejudiciais ao povo e ao bem comum, posto que sejam feitas com a solenidade devida, e nos escreverá sobre elas com seu parecer. E achando que algumas não forão feitas guardada a forma de nossas Ordenações, as declarará por nulas, e mandará que se senão guardem”.

A história do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América remonta à época das colônias, cuja relação com a Coroa inglesa se dava não sem

¹³ JÚNIOR, Lourenço. Da Constitucionalidade das Leis - Tese. São Paulo, 1949, p. 23-25.

¹⁴ Uma razão importante pelas quais as liberdades civis foram asseguradas na Inglaterra foi a do desenvolvimento de princípios e precedentes de direito comum. **Edward Coke** foi o responsável por isso (século XVII). Coke tinha o dom de expressar as idéias com precisão. Para ele “*a common law*” “é o melhor e mais comum direito de nascença que tem o súdito para a sua salvaguarda e defesa, não apenas de seus bens, terras e rendas, mas de sua esposa e filhos, de seu corpo, nome e vida. Nenhum homem, do clero ou do século, terá questionado os devaneios secretos de seu coração. A casa de um homem inglês é seu castelo”. Em um período de desenvolvimento das lutas constitucionais, foi ele quem “reavivou a teoria de que a lei não era o instrumento, mas o limite da prerrogativa real, e que os juízes não foram, como dissera Francis Bacon, ‘leões sob um trono’, mas árbitros entre o soberano e o súdito”. Coke, como advogado e juiz, trabalhou a partir de argumentos baseados em precedentes e na busca do melhor precedente para a liberdade. Primava pelo respeito a princípios básicos (in Biografia de Edward Coke, por Jim Powell).

¹⁵ CARR, Robert. *The Supreme Court and Judicial Review*, p. 41.

entrechoques, considerada a manutenção dos liames jurídicos e políticos. As colônias estavam vinculadas à Metrópole em razão, principalmente, de dois regimes: o do governo provincial de proprietários e o de Cartas. No primeiro, havia dependência e centralização. As colônias de governo fundado em Cartas concedidas pela Coroa gozavam de maior autonomia. Em Connecticut e Rhode Island, as Cartas estabeleciam práticas comuns ao regime democrático: o governador e os membros da assembléia eram eleitos pelo povo, mas se reconhecia a supremacia da legislação inglesa. No caso de Massachusetts, a colônia, embora regida por Carta Régia, sempre esteve em dissídio com a Coroa. Mas existia o controle das leis coloniais pelo Reino. Com a evolução dos acontecimentos, o governo inglês buscou fiscalizar a legislação editada pelas colônias pelo *Board of Trade and Plantations* que, desempenhando o ofício que lhe coube, chegou a pedir ao *Privy Council* a anulação das leis coloniais contrárias aos estatutos ingleses. Juiz Whitaker, *Chief Justice* da Corte Suprema da Carolina do Sul, suscitou o problema da compatibilidade da lei colonial com a inglesa¹⁶. James Otis, Procurador-Geral nos Estados Unidos combateu, em 1761, o absolutismo do Parlamento, sustentando, em Massachusetts, que determinada busca e apreensão, autorizada pela Coroa, violava a liberdade de domicílio, protegida pelo *common law* e os tributos impostos desrespeitavam a Carta outorgada àquela colônia¹⁷. Muitas foram anuladas, mas, como consequência da distância que separava o Reino Inglês e a colônia, a comunicação nem sempre era efetivada em tempo hábil e essa demora concorria para o acontecimento e concretização de situações difíceis e embaraçosas em razão do tempo em que, vigente, a legislação fora aplicada.

Em 4 de julho de 1776, o Congresso americano proclamou a independência das antigas Colônias inglesas. Para tal, realizaram inicialmente uma confederação, conjugando os esforços comuns no dissídio contra a Metrópole, mas, mantendo, cada uma delas, a soberania conquistada – tanto assim é que cada integrante da confederação manteve o direito de secessão, de se separar da União.

¹⁶ JUNIOR, Lourenço. Da Constitucionalidade das Leis – Tese. São Paulo, 1949, p. 51 e seguintes.

¹⁷ JUNIOR, Lourenço. Da Constitucionalidade das Leis – Tese. São Paulo, 1949, p-55.

As instituições inglesas, de qualquer modo, estavam inspirando o sistema americano de controle das leis pela Justiça, conforme a hierarquia valorativa das leis¹⁸.

Essa idéia era corrente na jurisprudência, tanto assim que a Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar a Constituição do Estado. Os Juizes da Virgínia, desde 1782, julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Nesse julgado, o Juiz George Wythe afirmou: *“Se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, de minha cadeira neste Tribunal, todo o seu poder e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podeis ir; além, não”*¹⁹.

Em Rhode Island, em 1786, foi decidido o caso *Trevett versus Weeden*, no qual os Juizes, embora deixando de conhecer o caso, por ausência do pressuposto de jurisdição, declararam a lei inválida. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação²⁰. Na Convenção de 1787, os debates indicaram que os delegados esperavam que as novas Cortes federais examinassem a constitucionalidade dos atos do Congresso, na esteira das Cortes estaduais, consoante os precedentes acima. John Marshall²¹, na Convenção de Virgínia, afirmou:

“Se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juizes, como infringentes à Constituição, da qual eles são o guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem a sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la nula”.

Aprovada a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, na Convenção de Filadélfia, havia necessidade de o texto ser ratificado. Então, Alexander Hamilton (1804), John Jay (1829) e James Madison (1836) produziram vários ensaios sobre o documento,

¹⁸ BARBOSA, Rui. *Amnistia Inversa – Defesa perante o juízo seccional dos Condemnados pela amnistia de 1985*, Editora Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1896, p. 15.

¹⁹ BARBOSA, Rui. *Amnistia Inversa – Defesa perante o juízo seccional dos Condemnados pela amnistia de 1985*, Editora Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1896, p. 15.

²⁰ TRIGUEIRO, Osvaldo. *O Supremo Tribunal no Império e na República*, Revista Arquivo do Ministério da Justiça, nº 157, jan/mar/1981.

²¹ EVANS, Lawrence B. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª edição, Chicago, Callaghan, 1952, p. 51.

sendo o trabalho doutrinário dirigido ao povo do Estado de Nova York, defendendo a aprovação da Constituição e, conseqüentemente, da União. Este material foi reunido em um livro – “O Federalista”²².

Alexander Hamilton, neste livro, acentuava que *[a] independência integral das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada*. Ao qualificar uma Constituição como limitada dizia que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, como não aprovar projetos de confiscos, leis *ex-post-facto* e outras similares. Anotava que limitações dessa natureza somente poderiam ser preservadas na prática por meio das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Se outro fosse o entendimento, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares seriam inúteis. Legítima, portanto, é a atuação das cortes de justiça quando apreciam e examinam a regularidade dos atos legislativos, por não ser admissível supor “*que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes*”.

Os autores do “Federalismo” prelecionavam a supremacia das normas constitucionais sobre os atos estatais e a necessidade da atuação de cortes de justiça para assegurar os fundamentos da Constituição que o povo, representado por constituintes, havia estabelecido. É o que se verifica dos diversos artigos que publicaram – e eram assinados por *Publius* -, para a ratificação da nova Constituição para os Estados Unidos – Convenção Federal em Filadélfia de 1787 -, que substituiria os “Artigos da Confederação”, firmados em 1781, logo após a independência do povo americano.

A Constituição norte-americana inaugurou o constitucionalismo com a concepção de supremacia de suas normas em relação às leis ordinárias. Em seu artigo VI, cláusula 2^a, a Constituição americana estabeleceu a supremacia das normas constitucionais e impôs o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis que a elas fossem contrárias.

²² HAMILTON, Alexander. Apud “Os Clássicos da Política”, obra organizada por Francisco C. Weffort, Editora Ática, 13^a edição, 1^o volume, 2004, p. 275-6.

Essa é a interpretação do *Chief Justice John Marshall*, que retomou e desenvolveu a argumentação de Alexander Hamilton no “*Federalismo*” e que marcou o início do controle judiciário de constitucionalidade das leis, tendo como instante criativo o caso “*Marbury vs. Madison*”, de fevereiro de 1803²³, sucedendo, no plano histórico, o controle político da Constituição²⁴.

Na concepção de Marshall, o fundamento da “*Constituição escrita seria proscrito se triunfasse doutrina que sustentasse a necessidade e os Tribunais cerrarem os olhos à Constituição, para divisar apenas as leis. [O] controle judiciário da constitucionalidade das leis, na falta de texto expresso, é uma decorrência do conceito de Constituição escrita*”²⁵. Para John Marshall, a Constituição é a base de todos os direitos e as demais leis têm de estar de acordo com os princípios por ela consagrados. Não sendo desse modo, elas não seriam expressões do direito – as leis seriam nulas e o cumprimento delas seria inexigível. Assim, reafirmava a tarefa exclusiva de o Judiciário dizer o que era o direito. Competia-lhe também verificar se uma lei era verdadeiramente lei, expressão do direito, por se conformar com os princípios da Constituição. Ao decidir sobre a constitucionalidade, o juiz não se afasta do ofício jurisdicional. Somente expressa a hermenêutica adequada aos textos em confronto. O Judiciário cinge-se a declarar a inconstitucionalidade²⁶.

No exercício desse mister, a prestação jurisdicional reconhece o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade. É o que sucedeu no episódio *Marbury vs. Madison* quando, apesar de admitir a justeza da pretensão, o *Chief Justice John Marshall* invocou a

²³ O caso emblemático “*Marbury vs Madison*”, que está estabelecido como marco do controle judicial das normas constitucionais, é apenas referido em virtude do tema em dissertação. Não se insere no contexto da monografia a análise dos fundamentos daquele julgado, senão o relevo concebido à supremacia da Constituição como norma que serve de parâmetro para os atos legislativos e normativos.

²⁴ O controle político da Constituição é exercido por órgãos não judiciário. É o controle que ocorre antes de a lei entrar em vigor e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva. Essa espécie de controle pode ser encontrada na história das instituições jurídicas do México, da França, da Itália.

²⁵ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1999, p. 136.

²⁶ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, 18ª edição, São Paulo, 2002, p. 43.

inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei de 1789, declarou a incompetência da Suprema Corte Americana para decidir a controvérsia pertinente à legitimidade dos atos de nomeação dos juizes de paz.

O controle de constitucionalidade das leis é direito não-escrito na Constituição. Entretanto, por decorrência de princípio implícito, em virtude da concepção da supremacia das normas constitucionais, a atividade jurisdicional de Marshall reuniu em torno de si a doutrina. Da jurisprudência defluiu diretamente o controle da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. O princípio nasceu de interpretação²⁷. O silêncio do texto constitucional, que encontrou voz no caso julgado por John Marshall, conduziu ao estabelecimento do controle de constitucionalidade das leis pela autoridade dos precedentes da Suprema Corte.

A jurisprudência e a doutrina fixaram as linhas, definiram os contornos fundamentais, estipularam as exigências para o exercício do *judicial review*. Desse modo, assentou a doutrina da presunção da validade dos atos do Poder Legislativo, só se lhe pondo à prova a constitucionalidade quando aventado no Tribunal um caso particular, em concreto. Impunha-se a existência de litígio. Essa a motivação da sentença de John Marshall (1803), também formulada por Alexander Hamilton na obra “O Federalismo”: quando existir contraste entre disposições de diversa força normativa, a norma constitucional prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante; a função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a julgamento²⁸.

No caso *Marbury vs. Madison* (1803), John Marshall declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei de 1789, afirmou a incompetência do Tribunal para o exame do caso em concreto e estabeleceu que as partes interessadas buscassem o direito pretendido perante uma das Cortes de Distrito. Em grau de recurso, se cabível, a

²⁷ BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Livraria Acadêmica, 1933, v. 4, p. 276-277.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Editora Fabris, 1984, p. 75.

questão seria submetida à Suprema Corte. Assentava-se, dessa maneira, o método de controle “difuso” de constitucionalidade, no qual todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos concretos submetidos a seu julgamento.

Por esse método, as questões constitucionais poderão ser submetidas à apreciação da Suprema Corte, originariamente ou em grau de recurso. A força do precedente servirá como norte para os juízes no julgamento de casos similares. É o princípio do *stare decisis*, da vinculação aos precedentes, a contribuir para a menor probabilidade de serem proferidas decisões divergentes ou discrepantes sobre o mesmo tema. A observância desse princípio assume contornos de julgamento com verdadeira eficácia “*erga omnes*”. Conseqüentemente, a inaplicabilidade da lei aos casos concretos imprimiria a aparência de “*lei morta*” ao texto legal escrito. Portanto, o sistema americano de controle judicial de constitucionalidade das leis tem caráter meramente declaratório. Em razão dessa natureza, a sua eficácia opera retroativamente.

CAPÍTULO 2

O CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

2.1 – Organização do Poder Judiciário

2.1.1 – No Império

Segundo José Rodrigues de Souza²⁹, a Carta Constitucional outorgada pelo Príncipe D. Pedro em 1824 não foi, como ele prometera, “duplicadamente mais liberal” que o projeto apresentado pela Assembléia Geral dissolvida. Confrontando os dispositivos do projeto de constituição de 1823 com o texto elaborado pelo Conselho do Estado, verificou-se a mitigação das garantias e do prestígio dos juízes e tribunais. O Imperador, empenhado em zelar e acrescer-lhe autoridade, introduziu poucas modificações e supressões às competências do Parlamento; em relação ao Poder Judiciário, declarou solenemente que “o poder judicial é independente” (artigo 151) para, em seguida, atenuar ou anular o alcance da expressão: atribuiu-se ao Poder Legislativo a competência para “*interpretar as leis e velar na guarda da Constituição*” (artigo 15, inciso IX); os Juízes de Direito eram perpétuos (artigo 153), sem que isso implicasse ou impedisse de serem transferidos para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar. A prerrogativa da remoção dos juízes viria a ser, durante o regime imperial, o grande trunfo da política contra a magistratura: juízes houve que sofreram várias remoções, até renunciarem ao exercício das funções. No artigo 154 da Carta Constitucional previa-se a suspensão do magistrado pelo Imperador, mediante processo administrativo: as aposentadorias compulsórias eram questionadas como inconstitucionais perante o Parlamento, consoante competência estabelecida no artigo 15 da Carta Constitucional do Império, mas as arguições não recebiam a devida apreciação.

²⁹ SOUZA, José Rodrigues de. *Analyse da Constituição do Império*, vol. 2, p. 381-4.

A referida Carta, no artigo 39, dispunha: *Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império são três: o poder legislativo, o poder executivo e o poder judiciário*. Intercalou-se entre os poderes, o Poder Moderador (artigo 98): em atividade eminentemente política, cumpria ao Imperador *“incessantemente velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”*: Ele, o Imperador, era o poder judiciário de todos os outros poderes. Estava implícita a cláusula restritiva à autoridade judiciária. Desnaturava-se o Poder Judiciário, destituindo-o das prerrogativas que lhe eram próprias. Nessa destituição se identificava o Regime Monárquico: as prerrogativas eram em benefício do Monarca. Ao tempo que se assim dispunha, a Carta do Império deixava expressa, no artigo 178, a abolição da unidade e da supremacia da Constituição, delimitando a essência da matéria constitucional e prescrevendo que pontos poderiam ser alterados por lei infraconstitucional:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos: tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias”.

O Poder Judiciário, assim tolhido, dependente do Executivo, controlado pelo Legislativo, subordinado ao Moderador, não poderia efetivar a supremacia da Constituição, a proteção dos direitos por ela assegurados. Incapacitado para o cumprimento das atribuições que lhe foram outorgadas, o Poder Judiciário se via premido diante de arguição de inconstitucionalidade de lei, que, pronunciada, poderia vir a não alcançar a eficiência almejada: cumpria ao Poder Legislativo a guarda da Constituição e, ante a existência de conflito entre os Poderes, ao Imperador solucionar a tensão política sobrevinda em razão da declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, subtraía à decisão judicial os pleitos entre o governo e os cidadãos. Os magistrados ficariam a decidir litígios privados, regulados pelos textos das Ordenações Portuguesas.

A Constituição de 1824, na parte relacionada à organização judiciária, determinara a instalação de juizados de paz - cujos titulares eram eleitos (artigo 162) - e, nas províncias, as *“Relações necessárias para comodidade dos povos”*, a fim de julgar as causas em segunda e última instância (artigo 158). Como instrumento para abreviar a

solução dos litígios nessas localidades, estabeleceu a indispensabilidade das audiências de tentativa de reconciliação prévia nos processos judiciais (artigo 161). No artigo 163, instituiu, na capital do Império, o Supremo Tribunal de Justiça, ao qual outorgou a competência para conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar; conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem os ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias; conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais (Artigo 164, inciso I e III). Esses textos repetiam os artigos 130 e 131 da Constituição portuguesa então vigente.

A lei a que se referiu o artigo 163 acima mencionado somente foi editada dois anos após a outorga da Carta do Império. Embora estivesse definida na Constituição a competência do Supremo Tribunal de Justiça, o legislador de então fez inserir no texto da lei dispositivo que restringia a admissão e conhecimento do recurso de revista aos casos de manifesta nulidade ou de injustiça notória³⁰. Não se considerou como taxativa a enumeração constitucional.

Em 18 de setembro de 1828 foi editada lei conferindo ao Supremo Tribunal Justiça certa co-participação ou orientação nos trabalhos legislativos. A lei determinava que, enviando todos os anos ao Governo a relação das causas revistas, o Tribunal indicasse *“os pontos, sobre que a experiência tiver mostrado vício, insufficiencia da legislação, as*

³⁰ PEREIRA E SOUZA, Joaquim Caetano. Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, Editora Imprensa Litterária, Tomo, I, Coimbra, 1872, § 356:

“§ CCCLVI

Por via de regra a Revista é proferida (707) e somente se houver nos casos de nulidade manifesta (708), ou injustiça notória (709); Lei de 3 de Novembro de-1768 e Decreto de 5 de Novembro de 1799. A Revista no nosso Reino é um remédio exorbitante, e extraordinário, porque regularmente havendo a Sentença passado em Julgado não se revoga por outra contraria. Caso contrário, estaria facilitando-se a Revista ocasião á multiplicidade de pleitos e á incerteza dos direitos de cada um, que deve estar seguro à sombra do Julgado: Lei de 3 de Novembro de 1768, preambulo. Estes casos de nulidade manifesta são os seguintes: I, se faltou a primeira citação; II, se a Sentença foi dada contra outra, passada em Julgado; III, se foi dada por peita ; IV, se foi dada por falsa prova, não se havendo essa falsidade ai legado nos Autos, ou havendo-se allegado, mas não se havendo dado provas a esse respeito; V, se sendo muitos os Juizes não tiveram dados voto; VII, se foi dada por Juiz incompetente; VII, se foi dada contra direito expresso. Este direito expresso é o das Leis Pátrias do Reino, e não o das Leis Romanas, ou outro direito subsidiário. É preciso porém que a Sentença para ser objecto da Revista seja directamente proferida contra as Leis, e não somente contra o direito da Parte. (709) Não se considera injustiça notória só porque o recorrente teve na Causa algumas Tenções de Ministros a seu favor”.

suas lacunas, e incoherencias, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, afim de se tomar a resolução que for conveniente”.

Sobreveio a Lei de 22 de setembro de 1828 conferindo ao Supremo Tribunal de Justiça a competência para conhecer dos recursos e das objeções relacionadas ao ofício do “*Chancellor-mor*”. Em 1831 também lhe foi atribuído o julgamento da antiguidade dos magistrados e, em 1851, o processo e julgamento dos bispos e arcebispos nas causas não puramente espirituais.

Assim, com a unidade do direito substantivo e adjetivo, a unidade da magistratura, o Supremo Tribunal de Justiça era, ainda, o novo vínculo de estreitamento da unidade nacional, na medida em que, primando pelo desenvolvimento das liberdades individuais, exercia as atribuições outorgadas, evitando os exageros da centralização, assegurando a expansão da jurisprudência, revigorando e renovando a interpretação das leis, prestigiando a magistratura, vencendo a ação constritora dos textos ilegais, repelindo a ação invasora e desordenada das resoluções ministeriais que ditavam a juízes e a tribunais a interpretação da lei³¹.

O momento em que proposta a lei de criação do Supremo Tribunal Justiça era consentâneo com o da expansão das idéias democráticas e federalista reinantes nos Estados iluministas. O Imperador, por isso, receava que o Supremo Tribunal Justiça, aparelhado e vigoroso, se tornasse um fator de centralização. Eis a razão pela qual a Constituição instituiu o Supremo, dotando-o de certo “poder político”, sem, no entanto, conferir à organização desse órgão a capacidade de ação política. Enfraqueceram-no, por não haverem percebido que, ao contrário, ele seria a melhor garantia de proteção “*da liberdade, da fortuna e da vida dos cidadãos, assim como da ordem e da segurança social*”. A respeito do tema, ressaltou Pimenta Bueno³² sobre o Supremo Tribunal de Justiça:

³¹ CARNEIRO, Levi. *Federalismo e Judiciarismo*, Alba officinas graphics, Rio de Janeiro, 1930, p. 228-229.

³² BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, São Paulo, p. 345-346 (reedição, Brasília, Senado Federal, 1978).

“É uma instituição mixta de caracter político e judiciário e em que o primeiro predomina mais, por isso mesmo que é o que mais garantias offerece à ordem social.

O poder judicial (...) é o único interprete, o applicador exclusivo da lei nas questões que são regidas pelo direito civil, penal, e mesmo político, na parte em que este é incluído na alçada de sua jurisdição. No desempenho desta importantíssima missão, que tem por fim proteger a liberdade, a fortuna e a vida dos cidadãos, assim como a ordem e segurança social, elle deve ser perfeitamente independente, mas deve também cumprir impreterivelmente a obrigação sagrada de não desviar-se jamais da lei...

Era pois essencial, indispensável, descobrir um meio, crear uma autoridade que tivesse a alta missão, não de ser uma terceira instância, sim de exercer uma elevada vigilância, uma poderosa inspecção e autoridade que defendesse a lei em these, que fizesse respeitar o seo império, o seo preceito abstrato, indefinido, sem se envolver na questão privada, ou interesse das partes, embora pudesse aproveitar, ou não, a ellas, por via de consequência. A sua missão directa e fundamental devia dirigir-se a reconduzir os tribunaes ao sagrado respeito da lei, à pureza e uniformidade da sua aplicação, a obedece-la religiosamente”.

Em 1875, Dom Pedro II determinou a aplicação de normas portuguesas na organização do Poder Judiciário. Assim, nos mesmos moldes do ato legislativo que conferiu força de lei aos assentos da Casa de Supplicação de Lisboa, outorgou-se ao Supremo Tribunal a competência para:

“(...) tomar assentos para intelligência das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas ocorrem duvidas manifestas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada, ouvidas previamente as Relações e com obrigatoriedade provisória até derrogação pelo Legislativo”.

Essa prerrogativa foi regulamentada por decreto imperial, no ano subsequente, mas não há notícia de que o Tribunal a houvesse exercido, atribuindo força de lei e consequente vinculação às suas decisões³³.

Levi Carneiro acentua que, despercebido de sua alta missão e esquecido da repercussão política que poderia ter a prática judiciária dotada desses atributos, o Supremo

³³ CARNEIRO, Levi. Federalismo e Judicialismo, Alba Officinas Graphics, Rio de Janeiro, 1930, p. 233 e 238.

Tribunal de Justiça não exercitou as prerrogativas que lhe foram confiadas. No entanto, a atitude de juizes viria provar o quanto era possível realizar, utilizando-se dessas prerrogativas, pois, na vigência do regime político então estabelecido, estando luta parcela da sociedade contra a escravidão, magistrados recusaram-se a executar a pena de açoite prevista na legislação e, em outras oportunidades, fazendo uso da interpretação sistemática da Constituição, facilitavam a alforria de escravos. Os juizes, ao recusar a aplicação da lei, pronunciavam a inconstitucionalidade do ato legislativo³⁴.

No ano de 1870, o publicista Tavares Bastos vislumbrou, a partir do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelos Estados Unidos da América, a importância e a necessidade de o Poder Judiciário ser investido, em plenitude, dos poderes indispensáveis ao desempenho das funções administrativas, políticas e judiciais que lhe foram outorgadas pela Constituição. Disse-o na obra “A Província”, à folha 51:

“O que dá relevo original às instituições judiciárias dos Estados Unidos não é somente o cuidado com que formou-se ali um poder independente da acção do governo, mas a parte importantíssima que na política e na administração cabe aos juizes. É o poder judicial encarregado principalmente da defesa da Constituição; é o grande poder moderador da sociedade preservando a arca da alliança de agressões, ou venham do governo federal ou dos governos particulares”.

Em 6 de julho de 1889, Salvador de Mendonça, em missão oficial, foi enviado pelo Imperador Dom Pedro II como ministro plenipotenciário do Brasil aos Estados Unidos da América. Ao despedir-se, ouviu de Sua Majestade:

“Estude com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a esse respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador

³⁴ CARNEIRO, Levi. Federalismo e Judiciarismo. Alba Officinas Graphics, Rio de Janeiro, 1930, p. 240.

*da nossa Constituição, ficaria este melhor. Dêem toda a atenção a este ponto”.*³⁵

Dom Pedro II teria intuído a necessidade de proceder à reforma à luz do modelo adotado pelos Estados Unidos, afastando de si e do controle do Parlamento o controle da constitucionalidade das leis³⁶. As observações requeridas pelo Imperador não lhe vieram em tempo. No dia 15 de novembro de 1889, quatro meses depois da partida do ministro Salvador de Mendonça, é proclamada a República.

2.1.2 – Na República

O intuito reformador encontrava-se no consciente coletivo. Foi editado o Decreto 510, de 22 de junho de 1890, por meio do qual foi conferida à Justiça brasileira característica nova, fazendo do Supremo Tribunal Federal autêntico poder político. Esse o primeiro direcionamento à instituição do Supremo Tribunal Federal segundo o modelo da Suprema Corte norte-americana. O Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, transformou o Superior Tribunal de Justiça, instituído no Brasil Império, no Supremo Tribunal Federal. O Brasil desvinculava-se, assim, do modelo francês que conferia ao Parlamento o controle dos atos legislativos e que viera até nós por influência de Portugal. No preâmbulo do referido decreto está divisada a novel doutrina acolhida no ambiente brasileiro:

“(...) a magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica”.

Instalado o Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, coube ao Ministro da Justiça Campos Sales, referindo ao Supremo Tribunal na Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, a seguinte assertiva:

³⁵ RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal, Tomo I, 1891-1898, Editora Civilização Brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1991, p. 1. Também: Mendonça, Carlos Sussekind Salvador de., Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1960, p. 136.

³⁶ CARNEIRO, Levi. Federalismo e Judiciário. Alba Oficinas Graphicas, Rio de Janeiro, 1930, p. 242.

“A magistratura, que agora se instala no país graças ao regime republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme, ou contrária à lei orgânica... Ai está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão... Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo”.

Deposto o Imperador e proclamada a República, foi promulgada a Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Nessa se fez lançar, em grande parte, o contido no sistema americano de governo e, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, espelhando-se, em parte, na Suprema Corte dos Estados Unidos, adveio a outorga da competência para declarar a inconstitucionalidade das leis. Teve-se em conta a jurisprudência assentada na Corte americana, a partir do caso *Marbury versus Madison*, de 1803. Faz-se, contudo, um distingue: no ambiente norte-americano, a competência foi haurida a partir da interpretação do texto constitucional; no Brasil, esta veio expressa na Constituição; nos Estados Unidos, a Corte Suprema trouxe para si o poder de controlar a constitucionalidade das leis; no Brasil, o Poder Legislativo deferiu aos órgãos do Poder Judiciário a competência.

Esse é o sistema de controle de constitucionalidade das leis, nacionalizado no Brasil por Rui Barbosa³⁷, a quem coube sustentar, em 1893, pela primeira vez, o direito de os tribunais examinarem a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e negar-lhes execução³⁸.

³⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, Revista, Atualizada e Ampliada. Editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1999, p. 149.

³⁸ BARBOSA, Rui. *Obras Completas*, Edição da Casa de Rui Barbosa. - Anos 1891 a 1898 – Editora Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1958.

O mesmo norte é possível vislumbrar na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894: *os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos incompatíveis com as leis ou com a Constituição*. A disposição dessa lei foi incorporada à Constituição, na reforma de 1926, em seu artigo 60, § 1º, alínea “a” e “b”.

A competência conferida aos juízes e tribunais para exercer o controle da regularidade das leis e dos atos normativos esteve presente também no anteprojeto governamental enviado à Assembléia Nacional Constituinte de 1933, onde se inscreveu no pórtico do Poder Judiciário: (...) *o seu órgão supremo terá por missão principal manter pela jurisprudência a unidade do direito e interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro*.

2.2 – O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos

Em princípio, foi estabelecido no Brasil o controle de constitucionalidade das leis no modelo difuso e incidental. A competência atribuída ao Poder Judiciário era exercida pelo Supremo Tribunal de Justiça, pelos tribunais e juízes federais. Somente com a reforma constitucional de 1926, essa competência foi outorgada também aos tribunais estaduais. É o controle difuso. A causa de pedir na ação referia-se a um bem da vida posto em litígio e somente incidentalmente exsurgia a discussão a respeito da constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo pertinente à lide. É o controle de constitucionalidade que surgia de modo incidental.

Com a promulgação da Constituição de 1934 adveio a outorga de competência ao Senado – órgão de “*coordenação dos Poderes*”, apartado do Legislativo – para suspender a execução de lei, ato normativo, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (CF/34, artigo 94, IV). Frise-se: cuidava-se de suspensão de ato (gênero) declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário. O sistema de controle de constitucionalidade, no entanto, permaneceu difuso e incidental. Foi instituída uma exceção à regra: a ação direta a ser proposta pelo Procurador-Geral da República,

perante o Supremo Tribunal Federal, para argüição da constitucionalidade da lei – e não da inconstitucionalidade - que houvesse determinado a intervenção da União em um Estado (CF/34, artigo 12, VIII, § 2º). Afastava-se a presunção de legitimidade dos atos emanados do Poder Legislativo e a intervenção da União no Estado somente dar-se-ia após a declaração de constitucionalidade da lei.

Sobreveio o Estado ditatorial e a Carta Constitucional de 1937 (Constituição Polaca). Não foi contemplada a existência de uma Justiça Federal. Estabeleceram-se como órgãos do Poder Judiciário somente o Supremo Tribunal Federal, os juízes dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e os juízes militares. Conservou-se o sistema de controle difuso/incidental de constitucionalidade (CF/37, artigo 101, II, n. 2, “a” e “b”, e III, “b” e “c”). Foi inserido no ordenamento constitucional, no parágrafo único do artigo 96, o critério exclusivamente jurídico e não político na questão de constitucionalidade, embora inexistisse efetivamente um “parlamento” em atividade. Assim, a atuação do Poder Judiciário cingia-se a decidir questões que não envolvessem o poder político.

Em outubro de 1945, as Forças Armadas, lideradas pelos generais Góis, Monteiro e Eurico Gaspar Dutra, cercaram o Palácio do Catete e obrigaram Getúlio Vargas a renunciar. Em seu lugar assumiu o Ministro do Supremo Tribunal Federal José Linhares, que garantiu a realização das eleições, que foram vencidas por Eurico Gaspar Dutra, que deu posse à nova Assembléia Nacional Constituinte, sendo promulgada a Constituição de 1946, de caráter liberal e democrática.

A nova Constituição não contemplou o critério da vedação de apreciação de questões políticas pelo Poder Judiciário. Ao contrário, no artigo 101, II, “c”, estava escrita a competência para o julgamento de crimes políticos. O controle difuso/incidental de constitucionalidade das leis foi mantido.

Esta regência foi mantida até o advento do Ato Institucional nº 01, de 09.04.64, que impôs limitações ao controle jurisdicional e, conseqüentemente, ao controle difuso/incidental de constitucionalidade dos atos emanados da Revolução Militar de 31 de

março de 1964 (artigo 7º, § 4º, e artigo 10). O Ato Institucional nº 02, editado em 27.10.65, impôs mais restrições aos direitos individuais, mas as linhas gerais da sistemática do controle de constitucionalidade foram mantidas.

A Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição Federal de 1946 introduziu em nosso sistema a ação direta genérica: “*representação por inconstitucionalidade*”. O controle de constitucionalidade foi mantido em suas características de misto, difuso e incidental. As hipóteses de ação direta foram ampliadas (artigo 101, I, “k”) e a participação de órgão político no sistema de controle de constitucionalidade – o Senado – foi mantida (CF/46, artigo 64).

A Constituição de 1967 reprisou o sistema de controle de constitucionalidade pelo método difuso, como previsto na de 1946. Restaram inalteradas as limitações dos Atos Institucionais nºs 1 e 2 ao controle jurisdicional dos atos emanados do poder revolucionário militar (artigo 173). A Emenda Constitucional nº 1/1969 não modificou a sistemática e a Emenda Constitucional nº 7/77 não se referiu ao sistema de controle de constitucionalidade.

A partir de 18 de abril de 1977, a natureza do controle de constitucionalidade permaneceu mista, mas a participação de órgão político – o Senado – foi reduzida. Em contrapartida, tornou mais enfático o controle judicial. O fato ocorreu pela adoção do fenômeno da mutação constitucional. O Supremo Tribunal Federal conferiu nova interpretação ao dispositivo constitucional que outorgava ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, fazendo-a de modo restritivo.

Em 25 de dezembro de 1971, a Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal Federal provocara consulta do Diretor-Geral do Tribunal à Comissão de Jurisprudência da Corte sobre o procedimento a ser adotado em relação ao que dispunha o artigo 180 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Consulta recebeu parecer do Ministro Moreira Alves, em 11 de novembro de 1975. Somente em 18 de abril de 1977, em recesso imposto ao Congresso Nacional, o Ministro-Presidente do Supremo Tribunal

Federal Thompson Flores despachou, determinando que o Tribunal não mais comunicasse ao Senado a inconstitucionalidade declarada em ação direta. Atribuiu-se à decisão a eficácia *erga omnes* e, por isso, não havia motivo para ser suspensa pelo Senado leis ou ato normativo nulo em relação a todos. A partir de então, o Supremo deixou de comunicar ao Senado, comunicação antes exigida nos termos dos artigos 64 da Constituição de 1946; 45, IV, da Constituição de 1967 e 42, VII, da EC-01/69, para o fim de editar o ato legislativo necessário à suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou decreto declarado inconstitucional.

Iniciada a abertura política do Brasil bem assim o processo de redemocratização, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte, instaurada em 1985-1988, sendo promulgada a Constituição Federal em 5 de outubro de 1988. Estabelecido o Estado Democrático de Direito, restou mantido o sistema de controle de difuso de constitucionalidade e a ação direta – modelo concentrado – para defesa imediata da ordem constitucional.

De tudo é possível vislumbrar que, em tema de controle da constitucionalidade das leis, o Brasil, historicamente, se filiou ao modelo adotado pela Corte norte-americana. Adotou, também, o modelo da forma de governo republicana e de Estado federativo. A ordem jurídica assumiu o caráter de mista: o direito constitucional, tendo por base o direito americano e, no mais, segue o direito romano-germânico.

2.3 – Declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Implicações. Visão panorâmica

Paulo Napoleão Nogueira Silva³⁹ observa que a questão da constitucionalidade das leis é questão política em sentido amplo, *“uma vez que diz respeito à subordinação da ordem legal à ordem constitucional, produzida pela atividade constituinte originária, criadora do Estado”*.

³⁹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 21.

Base de todos os direitos, a Constituição há de ser imodificável pelas vias ordinárias e as demais leis hão de se conformar com os princípios nela consagrados, sob pena de não serem admitidas como verdadeiras leis e expressão do direito, tal como acertou o *Chief Justice* da Corte Americana John Marshall na decisão do caso *Marbury vs. Madison*.

A jurisdição constitucional tem como finalidade a preservação dos princípios fundamentais da validade dos atos estatais. A repulsa imediata aos atos editados sem observância aos princípios estabelecidos na Constituição faz ressoar a efetividade e a eficácia das normas constitucionais, a sedimentação de seu conteúdo jurídico-político e a preservação do Estado que a nação quis estabelecer por meio de representantes.

O controle de constitucionalidade tem como objetivo prevenir ou reprimir a produção legal, ou os seus efeitos, sempre que a lei ou ato normativo se encontrarem em posicionamento contrário à Constituição, quer por inobservância aos requisitos formais de elaboração, quer em razão de conteúdo substancial.

A atuação do Poder Judiciário na prestação da jurisdição de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos poderia conduzir, à primeira vista, à impressão de se estar diante de hipótese de ingerência indevida na competência constitucionalmente outorgada aos demais Poderes do Estado. É imprescindível ter em mente o interesse da nação como um todo e a compreensão de que o controle judicial é uma conseqüência da tripartição de competências e independência dos Poderes. Se assim não fosse, dificilmente alcançar-se-ia a unidade jurídica, uma vez que cada ente estatal, ao seu talante, editaria leis e atos normativos sem aferir a limitação e legitimação prevista na Constituição, e essa se tornaria mera carta de intenções.

A teoria da separação e da independência dos poderes é técnica de distribuição de atribuições e funções, o que demonstra ser substancialmente política a sua adoção. A atuação de todos os Poderes visa o bem geral e comum, o que não exclui a

contenção e fiscalização de um Poder pelo outro, nem a obrigação de cada Poder exercer sua competência nos estritos termos e limites estabelecidos pela Constituição. O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário significa a garantia da ordem, da unidade jurídica e a possibilidade de restabelecer a harmonia do Estado. A atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da coadjuvação em favor do bem comum, e não como embaraço ao exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas em favor dos demais Poderes. É preciso ter presente o caráter dúplice que decorre da declaração proferida no exercício do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário: i) a justificação para a atuação do Estado em face do cidadão, por ser consentânea com os ditames constitucionais; ii) a certificação de que a atividade estatal se submeteu às limitações que a Constituição lhe impôs.

Essas virtudes são anotadas na atividade jurisdicional de controle direto de constitucionalidade e na via do controle incidental de inconstitucionalidade. A diversidade está posta pela doutrina somente em relação aos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei: na via direta do controle de constitucionalidade, a declaração tem efeito *erga omnes* e vinculante; no controle difuso/incidental, há a limitação dos efeitos entre as partes litigantes.

A sistemática do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, desde os primórdios da República, é difuso e incidental. A ação direta genérica, via *representação por inconstitucionalidade*, somente foi introduzida no sistema pela Emenda Constitucional nº 16/65. A partir de 18 de abril de 1977, mesclando o sistema de controle de constitucionalidade americano - modelo adotado pelo Brasil e inaugurado por Rui Barbosa - com o processo da “representação por inconstitucionalidade” como a via direta adequada, o Supremo Tribunal Federal foi embeber-se do procedimento de controle adotado pelos Tribunais Constitucionais da Espanha, Áustria, Itália e Alemanha, para imprimir às decisões declaratórias de inconstitucionalidade o atributo da eficácia *erga omnes*, quando a declaração fosse decorrente de controle por ação direta.

Paulo Bonavides⁴⁰ adverte que “o sistema constitucional pede o emprego de métodos hermenêuticos que possam de perto acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, presos atentamente ao critério evolutivo, sempre de fundamental importância para a análise interpretativa”. A par dessa observação, reafirma-se a noção de precedência e de domínio de princípios da Constituição, que trazem impregnados em si o dogma da eficácia e da força normativa dos preceitos constitucionais. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é mecanismo que tem por finalidade a preservação dos comandos da Constituição, razão por que o efeito imediato de decisões como a da espécie não tem outro sentido senão a preservação dos princípios fundamentais e da unidade jurídica e política que a Constituição disciplina. Afinal, desde a sua primeira conformação, com o Decreto 510/1890, foi delineada a dupla natureza do Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e garantidor da supremacia da Constituição.

Segundo Vicente Ráo,

“(...) o princípio da constitucionalidade exige a conformidade de todas as normas e atos administrativos e atos judiciais, às disposições substanciais ou formais da Constituição; o princípio da legalidade reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis, e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras”⁴¹.

Em face da opção pelo sistema federativo e da adoção de Constituição escrita pelo Estado, têm-se a existência de quatro graus na ordem legislativa: a Constituição Federal, a legislação federal, a Constituição estadual e leis federais, e as leis municipais. Assim, é inconstitucional toda prescrição legal incompatível ou inconciliável com a Constituição⁴²; se a incompatibilidade se dá entre duas leis, uma hierarquicamente superior à outra, diz-se que há ilegalidade.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 132.

⁴¹ RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, vol. 1º, nº 221, 1952.

⁴² BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle Jurisdicional da constitucionalidade das leis, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1968, pág. 53.

Recordam-se a noção de precedência e de predomínio de princípios da Constituição, que trazem impregnados em si o dogma da eficácia e da força normativa dos preceitos constitucionais. Assim, compreende-se que a autoridade das leis está condicionada à observância dos preceitos constitucionais, no sentido de que elas valem e produzem todos os efeitos jurídicos, se elaboradas nos limites da competência legislativa. A lei fundamental é a Constituição, que emana da vontade soberana do povo. É o documento solene que estrutura o Estado, discrimina as competências, assegura direitos e impõe obrigações. Desse modo, os atos e as leis são legítimos, se praticados e elaborados nos limites dos poderes constitucionais. Donde se deduz que é inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição: diretamente, quando resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição; indiretamente, quando a lei é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição⁴³.

Em um sistema de Estado Federado surge frequentemente o antagonismo, decorrente da inobservância dos limites estabelecidos pela Constituição. Não é raro ser verificada a ocorrência de desvio de poder no âmbito federal, estadual e municipal, em razão da avocação pelos poderes legislativos respectivos de uma competência legislativa que a Constituição Federal não lhes conferiu. Olvida-se que a feitura de leis está subordinada a um conjunto de ditames constitucionais, de onde se colhem os limites e competências a serem observados quando da iniciativa e do estabelecimento do processo legislativo de elaboração de leis, sob pena de essas leis virem a ser declaradas inválidas e ineficazes. Frise-se que o Poder Legislativo não pode agir livremente: está sujeito à observância dos trâmites legais: se viola ou excede as regras constitucionais ou regimentais editadas em virtude de autorização constitucional, é lícito ao Judiciário examinar os vícios e nulidades da elaboração legislativa e negar aplicação à lei editada:

“O Poder Judiciário, a quem incumbe a guarda da Constituição, pode e deve entrar no exame de todas as exigências relativas ao processo de feitura das leis. Nenhum só aspecto dessa elaboração pode ser subtraído à

⁴³ BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 45-46.

*competência do Judiciário, muito embora este, por falta de meios de prova, não possa formar convicção sobre o assunto, em certos casos especiais*⁴⁴.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, no sistema do direito público brasileiro, compete privativamente ao Judiciário e é exercido pelos juízes, pelos tribunais, pelo Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. O magistrado – observando no Tribunal as regras internas de competência e a reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição Federal – poderá declarar a inconstitucionalidade das leis: é insito à função pública que exerce deixar de aplicar a lei, se há contrariedade direta ou indiretamente com a Constituição⁴⁵. Esta a orientação adotada no Brasil e que se pôs expressamente na Constituição brasileira de 1891 (artigo 60, alínea “a”), sobre a qual Rui Barbosa⁴⁶ dispôs o seguinte comentário:

“A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como as das Justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este, ou revogará a sentença por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará por motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério”.

Evidencia-se, pois, que entre os poderes conferidos à magistratura está solenemente compreendido o de declarar a inconstitucionalidade de lei. Declarando que a lei está eivada de vício, o Poder Judiciário chancela ao interessado e à coletividade o direito de não se submeterem ao império do referido diploma legal. A sentença declaratória de inconstitucionalidade, por afastar a aplicação e a submissão dos jurisdicionados ao império

⁴⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle Jurisdicional da constitucionalidade das leis, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1968, pág. 76.

⁴⁵ M. I. Carvalho de Mendonça. O Poder Judiciário no Brasil, 1899, p. 140.

⁴⁶ BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, Editora Companhia Impressora, Rio de Janeiro, 1893, p. 58.

da lei, não tem em si a força capaz de implicar a revogação dos atos dos demais Poderes Públicos submetidos ao controle do Judiciário. A respeito, observa Rui Barbosa⁴⁷,

“(...) os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam; desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção ou reparação, que demanda a manutenção do direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir”.

A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Poder Judiciário, conquanto não implique revogação formal do ato legislativo ou normativo, imprime no íntimo da sociedade a certeza do direito de não se ver compelida a cumprir os preceitos neles inscritos, de não se sujeitar ao império das disposições neles contidas. Adotado o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, é de se ter em conta, também, o que lá ocorre:

“(...) quando a Corte Suprema [...] decreta a inconstitucionalidade de uma lei federal, ou um tribunal superior do Estado, a de uma lei de sua legislatura local – esta afirmação liga, daí por diante, não só as jurisdições subordinadas, como também a jurisdição que a fez. Pela ação da ‘authoritative opinion’, a Corte que, por ocasião de um processo determinado, declara nula uma lei, em virtude de inconstitucionalidade, firma de uma vez por todas a aplicação judiciária”⁴⁸.

Nenhum ato complementar, portanto, se torna necessário. A decisão vale por si, obrigando a todos. O Judiciário deixa de aplicar a lei, que subsiste como um ente morto no corpo legislativo. O provimento traz em si a tarja do “veto judicial”⁴⁹. Diz-se “que a decisão, ainda que em espécie, suprime-lhe virtualmente a autoridade na aplicação a casos

⁴⁷ BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, Editora Companhia Imprensa, Rio de Janeiro, 1893, p. 97.

⁴⁸ LAMBERT, Edouard. Artigo: Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: L’expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Giard, 1921, p. 35.

⁴⁹ SMITH, Allen. The Spirit of American Government, Nova Iorque, 1907, p. 95.

idênticos. [...] A decisão judicial opera como um verdadeiro veto, tornando a lei impugnada inteiramente nula”⁵⁰.

Assim, pressuposta as condições inerentes ao exercício da jurisdição, a decisão da Suprema Corte por meio da qual é declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é final e definitiva. Por expressar a verdade normativa contida no texto da Constituição – à qual estão todos submetidos –, é ela conclusiva para todos os jurisdicionados e se impõe frente aos demais poderes⁵¹. Desse modo, o juiz de instância inferior não pode ter como constitucional, para aplicar a um caso concreto, o ato legislativo que a Suprema Corte declarou inconstitucional. O pronunciamento acerca da constitucionalidade de uma lei é obrigatório para todos os tribunais e a questão não mais pode ser discutida por eles⁵². O Supremo Tribunal, ao declarar a ineficácia da lei ou do ato normativo em virtude da incompatibilidade das disposições neles contidas com a Constituição, não os retira do mundo dos fatos. A declaração de inconstitucionalidade de atos de outros poderes realiza, no dizer de Rui Barbosa, algo tecnicamente diverso. Não os revoga; desconhece-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do executivo, pois “*o Judiciário não tem o poder de revogar as leis como se fosse um superlegislativo de legalidade; antes, verificando a inconstitucionalidade, deixa de aplicá-las no caso concreto*”⁵³.

A lei inconstitucional não cria direito líquido e certo⁵⁴. Isto porque,

“(...) um ato inconstitucional do Congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, não é lei (is not law); não confere direito; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido (...). O princípio é que leis inconstitucionais não são leis. O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A este

⁵⁰ CASTRO, Nunes. Teoria e Prática do Poder Judiciário, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943, p. 588.

⁵¹ CASTRO, Nunes. Teoria e Prática do Poder Judiciário, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943, p. 592.

⁵² BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle Jurisdicional da constitucionalidade das leis, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1968, p. 144.

⁵³ BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 88.

⁵⁴ Ministro Cândido Mota, in Revista Trimestral de Jurisprudência nº 2/386.

[o povo] cabe a supremacia. Se o ato legislativo o contradiz, írrito será: não é lei"⁵⁵.

Os que adotam entendimento em contrário - sustenta Miguel Reale -, "*confundem existência de fato com existência de direito, fazendo decorrer da primeira [a existência de fato], equivocadamente, os efeitos que somente à segunda [existência de direito] podem ser atribuídos*"⁵⁶. Francisco Campos, em face do princípio *quod nullum est, nullum effectum producit*, também assinala:

"(...) um ato ou uma lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido"⁵⁷.

A repercussão do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade encontra imbricações mais nos aspectos sociais do que no Direito, pois constitui elemento de fato. O julgado não retira a vigência da lei declarada inconstitucional. O problema da compatibilidade da norma com a Constituição é também uma questão do fundamento e da eficácia. Nas declarações de inconstitucionalidade, há a retirada da eficácia fática: a lei continua a existir formalmente (vigência normativa), mas, porque não se compatibiliza com a Constituição (ausência de fundamento axiológico), deixa de produzir efeitos, por força de uma repercussão social (eficácia fática)⁵⁸. Quanto à natureza ontológica, a inconstitucionalidade não nasce da declaração proferida pelo Poder Judiciário. Esta - a declaração - existe por causa da primeira - a inconstitucionalidade verificada. Diz Francisco Campos que entendimento em sentido contrário traria graves conseqüências. Uma: os tribunais, ao declararem inconstitucional um ato da legislatura, estariam usando de prerrogativa de veto, de revogação ou de anulação dos atos de um poder que não lhes é subordinado, atentando contra o princípio da separação de poderes e, ademais, seria o exercício de um veto absoluto oposto por um poder de nomeação ao poder diretamente

⁵⁵ BARBOSA, Rui. Anistia Inversa, p. 14, transcrito in "Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo", pp. 42 e seguintes.

⁵⁶ REALE, Miguel. Parecer, publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 19 de março de 1963.

⁵⁷ CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 87.

⁵⁸ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1995, p. 127.

constituído pelo povo. Em tal caso, o Poder Judiciário se sobreporia ao Poder Legislativo, como órgão de revisão e de revogação dos atos legislativos, golpeando os princípios ínsitos do regime representativo. Duas: somente depois de declarada inconstitucional a lei deixaria de ser válida. Em conseqüência, subsistiriam todos os atos concretos e os efeitos que a aplicação da lei houvesse produzidos. Residiria aí enorme contradição, porquanto, em matéria de investigação de inconstitucionalidade, o efeito desta declaração é, exatamente, o de evitar não somente as conseqüências futuras, como o de apagar todas as conseqüências já produzidas pelo ato inconstitucional⁵⁹.

O que se pressupõe no ato declaratório de inconstitucionalidade é a ordem jurídica comprometida, não por fatos, mas por atos legislativos destoantes das normas fundamentais⁶⁰. Portanto, a doutrina da inconstitucionalidade repousa na oposição entre a lei e a Constituição, conflito meramente aparente, pois a supremacia da Constituição a resolve. Entender de outro modo seria negar a autoridade da Constituição, o dogma da supremacia das normas constitucionais e a força normativa de disposições nela contidas.

⁵⁹ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 88 e seguintes. Vide, também, Recurso Extraordinário nº 93.173-SP, Ministro Firmino Paz, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 102/671.

⁶⁰ CASTRO NUNES, Representação de Inconstitucionalidade nº 94, acórdão publicado em 17 de julho de 1946.

CAPÍTULO 3

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO DA VONTADE SOBERANA DO POVO.

3.1 - A Força Normativa da Constituição.

Francesco Ferrara⁶¹ acentua que *uma norma jurídica existe desde que surgiu e não se extinguiu ainda. Por isso, o poder judicial deve recusar aplicação a todas as regras que não têm caráter jurídico, ou por falta das condições e formas constitucionais para o seu nascimento, ou por falta de competência e poder na autoridade que as emanou ou, enfim, porque essas normas perderam a sua eficácia em virtude de ab-rogação.*

Prosseguindo, disse o referido autor que se compreende como nestas investigações se produzem contatos entre o poder judicial e o legislativo, sendo necessário, no entanto, demarcar limites, para evitar que essas se transformem numa ilegítima intrusão de um dos poderes na esfera do outro. Certo é, contudo, caber ao poder judicial um controle sobre a existência formal das leis, pois que, *“de fato, o poder judicial tem não só o direito como até o dever de verificar se uma lei existe formalmente, quer dizer, se estão integradas as condições e formas constitucionais para que haja uma lei válida”.*

A esse respeito assevera James A. C. Grant⁶² que, em verdade, se pode dizer que a confiança nos tribunais para fazer cumprir a Constituição como norma superior às leis estabelecidas pela legislatura nacional é uma contribuição da América do Norte à ciência política. Antes, nunca teria acontecido que um sistema de controle de validade das leis fosse confiado à obra dos Tribunais e que tivesse, portanto, caráter judicial. Tem-se a época do “constitucionalismo”, com a concepção da “supremacia da Constituição” em relação às leis ordinárias. A partir da doutrina firmada por John Marshall no julgamento do caso

⁶¹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, Editora Livraria Acadêmica Saraiva & Cia editores, 2ª edição, São Paulo, 1937, pp. 10 e 11.

⁶² A.C. GRANT, James. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política*, Revista de la Facultad de México, 1963, pp. 22 e 24.

Marbury versus Madison (1803), impôs-se o poder e o dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição, estando assente a preponderância das normas constitucionais sobre os atos legislativos que com elas contrastam e, a um só tempo, porque superior à lei ordinária, imprimiu-se ao texto constitucional o caráter rígido, de modo que a alteração ou a revogação de disposição da Constituição somente apresentar-se-ia admissível mediante a adoção de procedimento especial de revisão constitucional.

Do ponto de vista jurídico, a supremacia é o traço distintivo da Constituição. As leis, os atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com princípios, implícitos ou explícitos, da Constituição. O princípio impõe a prevalência da norma constitucional e é por força da supremacia da Constituição que ao intérprete é dado deixar de aplicar uma norma que indubitavelmente compreende ser inconstitucional. Assim, a Constituição é entendida, na teoria jurídica constitucional, como o ordenamento normativo básico do Estado, como um sistema de normas supremo e último, como o ordenamento jurídico e Lei Fundamental do Estado.

No Século XX, sobretudo antes da Primeira Guerra Mundial, se verificou de maneira muito mais ampla o intento de marcar o rumo de uma comunidade em uma determinada direção, mediante a inclusão de princípios reitores, diretrizes, tarefas e programas no texto da constituição. Exemplo disso se viu na Constituição de Weimar. A partir da idéia do Estado Constitucional nasceu o princípio da primazia do Direito Constitucional como o Direito Supremo. Dos Estados Unidos adveio a vigência prática e concreta desse princípio. Diferentemente do que vigorava na Europa, onde o controle era exercido pelo Parlamento, nos Estados Unidos da América, via interpretação, a competência coube ao Poder Judiciário. Certo, então, que uma Constituição somente pode pretender ser “lei fundamental”, ordem jurídica fundamental do Estado, se ocupa, enquanto nível máximo do sistema de normas jurídicas estatais, o ápice da pirâmide jurídica. A Constituição, assim, converte-se em fonte de legitimação dos atos estatais. Esta é a grande conquista do Estado Constitucional frente ao Estado absoluto.

A Constituição, contudo, não vive em um estado de quietude. As diretrizes do texto que a compõe estão expostas e, na dinâmica do acontecer político e social, estas se desenvolvem e se aperfeiçoam⁶³. Por isso, conquanto fixe limites, não há de ser uma ordem fechada. Nela está contido, também, dispositivo de caráter aberto, que se entende como instrumento conscientemente utilizado com o escopo de não serem subtraídas as forças das idéias políticas, deferindo ao legislador ordinário e ao governo a margem de manobra necessária para a tomada de decisões.

A fixação de limites, não obstante, tem se constituído em ponto de tensão da Justiça Constitucional e da interpretação, pois o caráter aberto e a amplitude de normas constitucionais não se põem de forma ilimitada: na constituição tem-se decididamente regulado o que não se pretendeu permanecesse aberto. É o que se vislumbra, sobretudo, quando se transita pela esfera da organização do Estado, da forma do Estado, da distribuição de competências e dos princípios fundamentais e das garantias individuais. Em caráter aberto, é possível encontrar disposições constitucionais pertinentes ao ordenamento de valores sociais, de política do Estado em relação aos indivíduos e em face de outros Estados.

Não se pode renunciar à fixação de princípios fundamentais atinentes à sociedade na Constituição, pois, se assim não fosse, estariam permanentemente em luta os grupos sociais. Por outro lado, seria demasiado pretender que na Constituição se detivesse em si a realidade social e todo ordenamento jurídico. A vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e de manter a validade real da Constituição assim criada. Utilizando da instrumentalidade da técnica de cláusulas abertas, a contribuir para o acolhimento e adequação dos movimentos da vida e da política, a Constituição dá ensejo à atualização do texto pelo intérprete e mantém expressa a validade das disposições nela insertas, demonstrando, assim, a *força normativa* dos preceitos inscritos que encerra e a capacidade deste Diploma de produzir efeito determinante e regulador na realidade da vida social. Quanto mais as normas constitucionais partem das realidades da situação histórica e

⁶³ STERN, Klaus. Derecho Del Estado de La República Federal Alemana: História de La Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 191-246.

procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Ao contrário, onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico hodierno, lhe falta o germe indispensável da força da vida⁶⁴.

A força normativa da Constituição está condicionada à vontade atual dos participantes da vida constitucional de realizar-lhe os conteúdos. Toda ordem jurídica carece da atualização pela vida humana. Também a força normativa da Constituição depende da disposição de serem considerados como obrigatórios os normativos nela contidos. Quanto mais intensa é a vontade para a Constituição, mais se ampliam os limites da possibilidade de realizar a Constituição.

É importante anotar que a concretização do conteúdo de dispositivo constitucional e a realização deste com o emprego das condições da “realidade” somente se dão tendo em conta a ordem determinada pela norma haurida do texto. Não pode ser “*realidade constitucional*” os conteúdos que são realizados em contradição com a Constituição. Não existe realidade constitucional *contra constitutionem*. A afirmação da existência de contraste entre Direito Constitucional e realidade constitucional é adequada para escamotear a verdadeira situação problemática, que então fica obscurecida pela retórica: realidade inconstitucional que se diz qualificada como realidade constitucional. O importante é exatamente dirigir a atenção para o Texto Constitucional e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição.

Ao concluir que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas, também, de um dever ser, Konrad Hesse⁶⁵ afirma a necessidade de a realidade política social interagir com a Constituição e de se entender que a proeminência da Constituição implica aceitação pela comunidade. Pode-se haurir do Texto Constitucional a existência de

⁶⁴ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução da 20ª edição alemã. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, 1998, pp. 47-52.

⁶⁵ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, traduzido por Gilmar Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pp. 11-25.

força ativa e ordenadora na vida do Estado e da sociedade. Mas - prossegue o autor -, a força normativa não se resume à adaptação inteligente a uma dada realidade:

“A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder”.

3.2 - A Declaração de inconstitucionalidade e o efeito vinculante.

A Constituição é a base jurídica para a legislação. Esta há de se manter dentro do marco da ordem constitucional. Contra os princípios que nela se encerram, não pode chocar-se nenhuma norma ou texto que se pretenda conferir o caráter de jurídico. O legislador tem uma margem de atuação para realizar os atos de natureza política. Não se há de perder de vista, entretanto, que a Constituição democrática não é a vontade ocasional de uma maioria ocasional. É ela expressão da vontade do povo, fundamentada e duradoura. É, idealmente, a ordem fundamental duradoura.

A multiplicidade de reformas não está em conexão com o que fora pensado como definitivo. Reformas em demasia podem concorrer para o desprestígio de uma Constituição, ante a possibilidade de imprimir na consciência coletiva a aparência de incapacidade de adaptação do texto constitucional com a evolução da história da vida. Há de se compreender que a Constituição, como toda obra humana, não está destinada à eternidade. Isso não afeta em absoluto a idéia e o objetivo de todo o processo constituinte, que, idealmente, pretendeu constituir uma ordem fundamental duradoura. Para a efetividade do princípio da durabilidade, uma constituição tem que possuir medida adequada de elasticidade e flexibilidade, com o escopo de fazer frente a situações de tensão.

A par dessa observação, reafirma-se a noção de precedência e de predomínio de princípios da Constituição, que trazem em si o dogma da eficácia e da força normativa dos preceitos constitucionais. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é mecanismo que tem por finalidade a preservação dos comandos da Constituição, razão por que o efeito imediato de decisões como as da espécie não tem outro sentido senão a preservação dos princípios fundamentais e da unidade jurídica e política que a Constituição disciplina, não permitindo que se façam reformas constitucionais por meio de instrumento legislativo comum.

O controle de constitucionalidade se baseia no dogma do princípio da hierarquia das leis e o Texto Constitucional se apresenta como ápice nesta hierarquia, como fundamento de validade dos atos emanados do Estado, quer provenham eles do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Pela via do controle de constitucionalidade busca-se, de modo imediato, a preservação dos princípios fundamentais e, de modo mediato, o sistema representa o elemento de interação e unidade da sociedade em torno da Constituição.

Paulo Napoleão Nogueira da Silva⁶⁶ observa que a investigação quanto à constitucionalidade das leis é questão política em sentido amplo, por ser tema a se relacionar com “o respeito à subordinação da ordem legal à ordem constitucional, produzida pela atividade constituinte originária, criadora do Estado”. Assim, a repulsa imediata aos atos editados sem observância aos princípios estabelecidos na Constituição faz ressoar a efetividade e a eficácia das normas constitucionais, a sedimentação do conteúdo jurídico-político nela expresso e a preservação do Estado que a nação quis estabelecer por meio dos constituintes que a representaram.

Consoante Raul Machado Horta⁶⁷:

⁶⁶ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A Evolução do Controle da Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 21.

⁶⁷ HORTA, Raul Machado. O Controle da Constitucionalidade no Regime Parlamentar, in “Tese de Concurso”, Belo Horizonte, 1953.

“A idéia do controle de constitucionalidade decorre de duas exigências elementares. A primeira implícita no reconhecimento de que não basta a simples superioridade teórica de uma Lei Fundamental. A segunda reclamando, como conseqüência da anterior, a existência de uma sanção, para restabelecer a hierarquia desfeita na ruptura entre a lei ordinária e a lei fundamental.

O controle da constitucionalidade das leis, que surgiu, se desenvolveu e se organizou, técnica e doutrinariamente, sob os auspícios do constitucionalismo moderno, tem, conseqüentemente, sua própria existência associada à idéia de Constituição, as fases e processos que vieram assegurar a supremacia da Lei Constitucional. O controle da constitucionalidade das leis, que é uma das etapas culminantes da evolução do Estado moderno, erige a Constituição, e não apenas a Lei, em ponto de referência obrigatório do ordenamento jurídico, disposto hierarquicamente, a fim de que sobressaia, na sua posição mais eminente, a Constituição do País”.

Daí ter presente também o que anotado por Alfredo Buzaid⁶⁸:

“É certo que todos os destinatários da norma jurídica, sejam particulares ou funcionários públicos, têm o dever de cumpri-la. Mas o juiz, diferentemente dos demais, é dotado do poder de negar aplicação à lei, quando, em ação regularmente proposta, verificar que ela é adversa à Constituição, ou a outra lei hierarquicamente superior. A função judicial surge, quando o interessado defende o primado da Constituição contra a execução de lei nula”.

Presente o dogma da hierarquia das leis e a força normativa das disposições constitucionais, o controle de constitucionalidade apresenta-se como o instrumento adequado a prevenir ou reprimir a produção de leis e de atos normativos que contrariem regras ou princípios da Constituição. Representando o elemento de interação e de unidade da sociedade em torno da Constituição, ele opera a fusão entre o conteúdo jurídico-político do ordenamento e o manto social.

O sistema repressivo brasileiro de controle de constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário. O procedimento é o difuso/incidental e o concentrado. O procedimento concentrado é da competência de um só órgão judicial, ou a um órgão com

⁶⁸ BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 36.

jurisdição constitucional. No Brasil, o sistema de ação direta genérica, pelo procedimento da *representação de inconstitucionalidade* e de iniciativa do Procurador-Geral da República, foi introduzido pela Emenda Constitucional 16/65 à Constituição Federal. A competência para a sua apreciação foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade difuso/incidental é exercido por todos os integrantes do Poder Judiciário. É difuso, pois qualquer órgão judicial pode apreciar a exceção de inconstitucionalidade; é incidental, porque a questão constitucional pode surgir no curso de processo judicial, que não tem como escopo de seu pleito, especificamente, a declaração de inconstitucionalidade de lei. A controvérsia constitucional nem sempre é a causa de pedir mediata ou imediata da pretensão formulada no processo, vindo a lume até mesmo por iniciativa do magistrado. No método do controle difuso de constitucionalidade, todos os órgãos do Poder Judiciário têm o dever/poder de não aplicar as leis que entendem inconstitucionais aos casos concretos que lhes são submetidos. Em que pese a natureza política da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade em tais casos – por iniciativa do juiz – não constitui atividade *extra petita*. O juiz não se afasta do seu ofício jurisdicional. Somente aplica a hermenêutica aos textos em confronto.

Aos juízes é atribuída a competência de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos submetidos a julgamento. Quando duas disposições legislativas estiverem em contraste, o juiz deve aplicar a prevalente: se diante de leis de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos tradicionais critérios “*lex posterior derogat legi priori*”, “*lex specialis derogat legi generali*”. Mas, se em contraste disposições legais com a Constituição, prevalece sempre a Constituição. Tem-se o sistema americano que nos foi legado pelas mãos de Rui Barbosa, no qual o Poder Judiciário não revoga a lei, limitando-se a lhe negar aplicação, por ser contrária ao Texto Constitucional.

Este método de controle de constitucionalidade, que teve berço nos Estados Unidos da América e foi acolhido pelo Brasil, tem guardado inconvenientes. A admissão do princípio do livre convencimento do juiz no julgamento da lide conduz à conseqüência de

uma lei não ser aplicada por alguns juízes, por entendê-la inconstitucional, enquanto outros, convencidos de sua constitucionalidade, determinariam a incidência. Instaura-se grave situação de conflito, gerando a incerteza do direito, situação perniciosa aos indivíduos, à coletividade e ao Estado. A declaração de inconstitucionalidade de lei proferida por órgão supremo ou corte constitucional teria a virtude de impedir o comportamento contrário de outros órgãos do Poder Judiciário ou órgãos estatais.

Os Estados Unidos da América evitaram ditos transtornos mediante a adoção do princípio do *stare decisis*⁶⁹, pelo qual foi estabelecida a vinculação estrita aos precedentes, quando os julgados assim fossem declarados. Embora os juízes norte-americanos, em primeiro momento, pudessem divergir quanto à constitucionalidade de uma lei, a matéria, ao fim e ao cabo, pela via dos recursos, seria submetida à Suprema Corte. A decisão sobre a constitucionalidade da lei, a partir de então, uma vez declarada como precedente, vinculará o *decisum* de todos os órgãos judiciários. Pelo princípio do *stare decisis* o julgamento declaratório de inconstitucionalidade da lei recebe o signo da eficácia *erga omnes* e não se limita a trazer consigo o efeito da não-aplicação da lei a um caso concreto. A inconstitucionalidade declarada pela Corte Suprema torna o diploma legal uma lei morta.

O que se observa da narrativa é o fato de o Brasil ter acolhido pelas mãos de Rui Barbosa o modelo americano de controle de constitucionalidade das leis, fazendo-o de modo mitigado. A força do precedente do Supremo Tribunal Federal não tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, nem a eficácia de sua decisão é *erga omnes*, porque não assimilado pelo sistema brasileiro o princípio do *stare decisis*. No sistema americano do *judicial review* prevalece o princípio do precedente. No Brasil, ao contrário, prevalece o princípio do livre convencimento do juiz e, por isso, não está ele vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal, que apenas lhe serve de orientação jurisprudencial.

⁶⁹ RE, Edward D. "Stare decisis", tradução de Ellen Gracie Northfleet, Revista de Processo, módulo Doutrina Internacional, Jan/Mar de 1994, nº 73, p. 47-54.

Assim desse modo, tem-se que o jurisdicionado ver-se-á compelido a acorrer ao Poder Judiciário para desonerar-se do cumprimento de uma lei, ainda que o tipo legal pertinente ao direito material que lhe está afetado tenha sido declarado incidentalmente inconstitucional. Nos ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, o interessado na não aplicação da mesma lei declarada inconstitucional deverá propor o caso em juízo⁷⁰. É a advertência de Rui Barbosa⁷¹:

“Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do executivo. Mas cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com esse fim do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir e deferir”.

O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade não previa o procedimento específico ou a ação própria que tivesse como único objeto a apreciação judicial da constitucionalidade de uma lei em tese. A causa de pedir na ação referia-se a um bem da vida posto concretamente em litígio e somente incidentalmente exsurgia a discussão a respeito da constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo pertinente à lide. A sistemática do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, desde os primórdios da República, era difuso e incidental. A ação direta genérica, via *representação por inconstitucionalidade*, somente foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16/65⁷². A partir de 18 de abril de 1977, mesclando o sistema de controle

⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, p. 78.

⁷¹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. O Controle da Constitucionalidade e o Senado. Editora Forense, 2ª edição, revisada e atualizada, Rio de Janeiro, 2000, p. 127.

⁷² Excerto da Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de emenda à Constituição Federal de 1946, no que se refere à representação de inconstitucionalidade:

“(…) Ao lado desse conjunto de providências, outras foram aventadas em direção oposta: a do reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de ‘legitimidade constitucional’, que ele mesmo propôs: a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (artigo 8º, parágrafo único, da Constituição Federal); b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.

de constitucionalidade americano - modelo adotado pelo Brasil e inaugurado por Rui Barbosa - com o processo da *representação por inconstitucionalidade* como a via direta adequada, o Supremo Tribunal Federal foi embeber-se do procedimento de controle adotado pelos Tribunais Constitucionais da Espanha, Áustria, Itália e Alemanha, para imprimir às suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade o atributo da eficácia *erga omnes*, quando a declaração fosse decorrente de controle por ação direta.

Pela via da interpretação judicial, a partir de 18 de abril de 1977, a natureza do controle de constitucionalidade permaneceu mista, mas a participação de órgão político – o Senado – foi reduzida. O fato ocorreu pela adoção do fenômeno da mutação constitucional. A Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal Federal, em 25 de dezembro de 1971, provocara consulta a Comissão de Jurisprudência da Corte sobre o procedimento a ser adotado em relação ao que dispunha o artigo 180 do Regimento Interno. A Consulta recebeu parecer do Ministro Moreira Alves, em 11 de novembro de 1975. Somente em 18 de abril de 1977, em recesso forçado do Congresso Nacional, o Ministro-Presidente Thompson Flores despachou, determinando que o Tribunal não mais comunicasse ao Senado a inconstitucionalidade declarada em ação direta. Atribuiu-se à decisão a eficácia *erga omnes* e, por isso, não havia o quê e motivo para ser suspensa pelo Senado leis ou ato normativo nulo em relação a todos. A partir de então, o Supremo deixou de comunicar ao Senado, como antes exigido nos termos dos artigos 64 da Constituição de 1946; 45, IV, da Constituição de 1967 e 42, VII, da EC-01/69, para o fim de editar o ato

“A representação, limitada em sua “iniciativa”, tem o mérito de facultar desde a definição da “controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres”. Afeiçoa-se, no rito, às ‘representações’ de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos ‘princípios’ que integram a lista do inciso VII do art. 7º de algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.

Já a “prejudicial” agora proposta, modalidade de ‘avocatória’, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízes das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de apreciar a conformidade da lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. (...) A ‘avocatória’ só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora, por exemplo, na Itália, o princípio da interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repute ‘manifestamente infundada’. Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito ‘*erga omnes*’ de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando o Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto (...)” – In Diário do Congresso Nacional de 5 de novembro de 1965, pp. 9295-9298.

legislativo necessário à suspensão da execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional.

A investigação judicial no processo de representação de inconstitucionalidade está circunscrita à realização da verificação de regularidade, formal e material, da lei frente à Constituição, sem qualquer liame à eventual situação concreta. Por isso, a decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade foi dotada da força de sentença normativa, bastante e suficiente para imprimir no jurisdicionado a consciência do dever de observância aos ditames nela contidos.

O controle difuso há de ser compreendido como forma ordinária da jurisdição constitucional, visando à garantia dos direitos fundamentais em casos concretos, na qual são reafirmadas as condições de exercício das autonomias públicas e privadas. O controle concentrado, modo especial da jurisdição constitucional, é dotado de configuração própria e se refere diretamente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade⁷³. É possível vislumbrar a existência do escopo comum a que estão afeitos os sistemas de controle de constitucionalidade difuso/incidental e concentrado, pois se complementam, reciprocamente, na estrutura da jurisdição constitucional brasileira⁷⁴.

3.3 O Controle incidental de constitucionalidade das leis: caráter abstrato da decisão e os efeitos da coisa julgada.

O sistema americano de controle judicial de legitimidade constitucional das leis é meramente declarativo, e não constitutivo de invalidade da lei. Como consequência desse caráter, a eficácia da providência jurisdicional constitucional opera o efeito *ex tunc* (retroativamente), por tratar de simples verificação de uma pré-existente nulidade absoluta.

⁷³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: Constituição e Democracia (Organização: Antonio G. Moreira Maués). Editora Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 230.

⁷⁴ SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescência de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelsiniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional, Revista de Direito Público, Ano I, nº 2, Out/Nov/Dez de 2003, Doutrina Estrangeira, p. 55-82.

O juiz limita-se à não-aplicação da lei inconstitucional ao caso concreto e o controle judicial de constitucionalidade da lei não tem eficácia geral, *erga omnes*, mas interpartes.

Antevisto o escopo comum a que estão afeitos os sistemas de controle de constitucionalidade difuso/incidental e concentrado, tem-se a exigência de nova reflexão a respeito do argumento até então acolhido para limitar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade às partes envolvidas no litígio. À declaração incidental de inconstitucionalidade não se pode impor a estrita observância aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, visto que na decisão declaratória o motivo e o fundamento determinante da declaração incidental de inconstitucionalidade visam à reafirmação da prevalência do preceito constitucional. Se na argumentação do autor ou na do réu é possível vislumbrar a arguição ou o vício de inconstitucionalidade da lei, essa se constitui apenas *causa petendi* mediata, sendo o bem da vida em litígio, este sim, a causa de pedir imediata.

A investigação da constitucionalidade da lei, por provocação da parte ou por iniciativa do magistrado, é procedimento que ocorre de modo abstrato, mediante o confronto da lei com a Constituição. A atividade jurisdicional visa alcançar a motivação que entende suficiente para acolher ou rejeitar a pretensão que lhe foi submetida. O exame da constitucionalidade da lei ou do ato normativo se dá pela via incidental, sem perquirição a respeito da procedência ou improcedência do direito material em litígio. É possível evidenciar nessa via de controle de constitucionalidade também o aspecto abstrato e em tese da atividade jurisdicional, que servirá tão-só de motivação à sentença ou ao acórdão.

Não é sem razão que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 513, pela qual esclarece que “*a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário, não é a do Plenário que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmara, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito*”.

Os Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nºs 15.212 e 14.710, acórdãos publicados em 22 de maio de 1968 e em 21 de maio de 1969, respectivamente,

serviram de fundamento à edição do referido enunciado. Nesses, colhem-se informações no sentido de que a decisão proferida pelo plenário dos tribunais em virtude da argüição incidental de inconstitucionalidade suscitada “*não transita em julgado. É uma fase do julgamento definitivo da causa*”. Embora a questão constitucional torne-se encerrada naquela instância processual, ela “*não tem efeito com relação às partes. [...] O Tribunal nada decidiu a respeito dos impetrantes. Discutiu apenas a lei em tese*”. Merecem destaque as seguintes proposições do Ministro Carlos Thompson Flores nesse julgamento:

“[Suscitado o incidente de inconstitucionalidade pelo órgão fracionário], o mandamento da Lei Maior obriga a interrupção do julgamento até que o Tribunal, em sessão Plenária, com o quorum regimental, sempre qualificado para deliberação de tal vulto, manifeste-se sobre o incidente.

E, ao fazê-lo, certo não decidirá fora da área que o originou. Limitar-se-á a apreciar a questão de inconstitucionalidade, pela qual se inclinara o órgão menor, sem força constitucional para declará-la.

Rejeitando-a, manifesto que é, findo o incidente, retorna o processo ao órgão de origem que prosseguirá no julgamento interrompido.

E idêntica deve ser a solução quando vier a acolher a argüição, declarando a inconstitucionalidade. É que não está, em verdade, julgando a causa em si, mas o incidente, pronunciando-se sobre questão posta ao desalcance do órgão, fração do Tribunal, decidindo em tese inconstitucionalidade, tocada ao caso concreto, mas não a relação discutida, a sempre debatida violação de direito. [...]

[O] veredicto proferido há de limitar-se à solução do incidente, e, por isso mesmo, porque apreciou em tese, não julgou a questão, não faz coisa julgada que pressupõe espécie concreta: o caso.

E porque a lide ficou suspensa, aguardando o desfecho da tese que apreciada autorizará o prosseguimento a ser proferido no caso concreto, só este e não aquele é que há de proporcionar o recurso”. (g.n)

O Ministro Victor Nunes Leal, ao apartear a prolação desse voto, afirmou que “*a única matéria que não é lide é a matéria constitucional. Quer dizer, todas as chamadas de natureza processual ou não, são lides. Mas, se houver controvérsia sobre a Constituição, não são lides*”.

Então, na fase processual de investigação do incidente de inconstitucionalidade não se defrontam a lei e o fato jurídico, a lei e o caso litigioso

submetido à apreciação do Poder Judiciário. Como se fosse algo arrancado do processo, o Tribunal sobreleva a controvérsia constitucional à situação jurídica em concreto. Submete ao segundo plano e em posicionamento estanque o litígio das partes ante a magnitude da questão constitucional exurgida. A prevalência da norma constitucional interessa ao Estado, à sociedade e à coletividade político-jurídica. Por isso, em plano secundário estará o interesse das partes litigantes.

Visto por esse prisma, não há porque estabelecer distinção entre a via do controle difuso/incidental de inconstitucionalidade e a via do controle concentrado, quanto à eficácia da declaração. Ambos os procedimentos têm por escopo a efetividade e a afirmação da supremacia das normas constitucionais. Não se pode admitir a existência de uma hermenêutica constitucional com efeitos limitados, porque oriunda de procedimento difuso e incidental. O fato de a declaração de inconstitucionalidade se dar incidentalmente não justifica o estabelecimento de discrepância entre o efeito e a eficácia dos julgamentos. Tanto em um como em outro se busca a supremacia das normas constitucionais.

Também transparece falacioso o argumento de que no procedimento de controle concentrado de constitucionalidade das normas não há direito material em litígio. Exemplificativamente, muitos são os procedimentos de controle de constitucionalidade pela via direta nos quais os entes da Federação outra coisa não almejam, senão a preservação da competência que lhes foi constitucional reservada e que teria sido invadida ou não observada pelo legislador ordinário na elaboração de leis federais, estaduais ou municipais. E isso também se verifica nos processos em que a confederação sindical ou entidade de classe, legitimados constitucionalmente para propor a ação direta, vêm-se compelidos ao cumprimento de regra processual atinente à comprovação de sua legitimidade por meio da demonstração de correlação da matéria disciplinada pela lei suspeita de vício de inconstitucionalidade e os objetivos estatutários destas – a pertinente temática⁷⁵. É admitir, então, que, seja no procedimento do controle difuso/incidental de inconstitucionalidade ou

⁷⁵ Precedentes: ADI nº 305, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 153/428; ADI nº 1.151, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de maio de 1995; ADI nº 1.307-MC, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de maio de 1996; ADI nº 1096, acórdão publicado na LEX-STF 211/54; ADI nº 1.519, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de novembro de 1996; ADI nº 2.747, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de agosto de 2007, entre outros.

no processo de controle concentrado de constitucionalidade, está sempre presente direito subjetivo em litígio – no primeiro, direito subjetivo concretamente considerado; no segundo, direito subjetivo em tese. O Poder Judiciário sempre estará dando solução a controvérsia, ainda que esteja a decidir abstratamente ou em tese a respeito da existência de confronto da lei com a Constituição. Daí a lição de Cooley⁷⁶: “*nenhuma autoridade têm os Tribunais para decidir questões abstratas: é necessário que elas possam revestir o aspecto de verdadeiros litígios*”.

Não há razão para a distinção quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem assim quanto à sua eficácia, em virtude do tipo de procedimento em que se busca o estabelecimento da supremacia de normas constitucionais. Diz-se que o controle direto, tem eficácia *erga omnes*, evitando-se as sentenças conflitantes, tais as que se afirma subsistirem no sistema de controle difuso/incidental. É o sistema previsto no artigo 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: a via da *representação por inconstitucionalidade*, introduzida em nosso sistema pela Emenda Constitucional nº 16/65. É notável, no entanto, que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é exercido em condomínio: pela via do controle difuso/incidental de constitucionalidade e pelo procedimento da ação direta.

Quanto à eficácia da decisão, diz-se que, sendo o ato judicial declaratório de inconstitucionalidade oriundo de processo submetido ao controle difuso/incidental, a eficácia *erga omnes* do provimento dependeria da atuação do Senado Federal. Observou o Ministro Cordeiro Guerra no voto prolatado no referido Recurso Extraordinário n 89.108-GO:

“[...] que a declaração de inconstitucionalidade nulifica a lei *ex tunc*, no caso em que é pronunciada, porém, somente depois de suspensão da norma pelo Senado se generaliza o princípio da insubsistência da norma por inconstitucionalidade” (g.n).⁷⁷

⁷⁶ COOLEY, Thomas. The General Principles of Constitutional Law in the United States of América. Boston, 1880, p. 139. Apud Rui Barbosa, in Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires. Livraria Acadêmica, 1933, v. 4, p. 166.

⁷⁷ Durante os trabalhos da Constituinte (CF/88), houve a proposta de atribuir a referida competência ao Congresso Nacional. É o texto da Emenda nº 652 – Ssupressiva, do Deputado Victor Fontana. Prevaleceu, no entanto, a força histórica e a tradição: é da competência do Senado Federal a suspensão da execução, no todo

Nesse mesmo julgado, acenou o Ministro Moreira Alves que a declaração de inconstitucionalidade em *ação direta contra lei em abstrato* teria, a seu juízo, eficácia *erga omnes*, independentemente de suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional. No controle *incidenter tantum*, a eficácia seria apenas entre as partes litigantes naquele caso concreto, dependendo a eficácia *erga omnes* da atividade do Senado Federal.

O julgamento desse recurso extraordinário teve início em 20 de setembro de 1978. Em momento anterior, respondendo à Consulta da Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal Federal à sua Comissão de Jurisprudência, o Ministro Moreira Alves, em 11.11.1975, havia externado esse posicionamento: o tribunal não deveria comunicar ao Senado a inconstitucionalidade declarada em ação direta. Atribuiu-se à decisão a eficácia *erga omnes*. Estabelecia-se a dicotomia quanto à eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei, a partir do procedimento no qual prestada a jurisdição constitucional. Demarcava-se a necessidade de, observado *o sistema de estrita separação entre os Poderes, do qual o próprio Supremo é o fiador máximo*, conferir às decisões da Corte em matéria constitucional o principal atributo da coisa julgada judicial: a força

ou em parte, de lei declarada inconstitucional. Fonte: Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 16 de março de 1988.

Nota 2: A Emenda nº 4940, da Deputada Lysâneas Maciel, propunha fosse inserido o vocábulo “incidentalmente” no preceito que dispunha sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. A proposição foi rejeitada.

Nota 3: Na Comissão de Sistematização houve a retirada da Emenda 4284, do Deputado Prisco Viana, que, a respeito, previa: a competência do Senado Federal para “suspender, após avaliação discricionária, fundada em razões de relevante interesse econômico ou social, a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

As notas acima deixam entrever o entendimento de o legislador constituinte de 1988 não ter assimilado a distinção levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à necessidade de comunicação ao Senado Federal somente nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade ocorridas na via do controle incidental/difuso. Tanto assim que pretendeu deixar explícita a necessidade de comunicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade apenas quando ocorridas no processo incidental. A rejeição à proposta pode conduzir à compreensão ambígua da visão teleológica do Constituinte. Afastado o vocábulo “incidentalmente”, seria possível supor a determinação cogente do preceito constitucional de comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, a ocorrida no controle objetivo ou subjetivo. Impõe-se a indagação quanto à subsistência do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Processo Administrativo nº 4.477/72, decisão publicada no DJ de 16.5.77, relativamente à não-comunicação ao Senado de decisões declaratórias de inconstitucionalidade no processo objetivo, presente a Constituição Federal de 1988. Atente-se para o fato de que, até então, embora a Constituição não disponha a respeito do procedimento indispensável à comunicação ao Senado, a matéria está disciplinada no artigo 178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

institucional do Estado. Ou seja, faltava-lhe a eficácia para produzir por si mesma os efeitos por ela declarados e determinados.

Não se pode relegar ao segundo plano o fato de que também as decisões proferidas no procedimento difuso/incidental de controle de constitucionalidade merecem idêntico atributo – o da abstratividade, no ponto em que declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo -, porque nessa via procedimental busca-se a prevalência da supremacia das normas constitucionais. Já restou demonstrado, com base em precedente jurisprudencial, que também em tese e de modo abstrato atua o Poder Judiciário no exercício de atividade jurisdicional incidental do controle de constitucionalidade. É possível divisar no procedimento difuso/incidental de controle de constitucionalidade o alcance da coisa julgada, sinalizando de modo preciso o que constitui para as partes o bem em litígio e o que respeita os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada atribuídos à decisão. Na via do controle incidental de inconstitucionalidade também se pode vislumbrar no *decisum* o principal atributo da coisa julgada judicial: a força institucional do Estado.

3.4 – Da declaração de inconstitucionalidade: os efeitos temporais.

3.4.1 – No Sistema de Controle da Constitucionalidade americano

Presentes o dogma da hierarquia das leis e a força normativa das disposições constitucionais, o controle de constitucionalidade se mostra como o instrumento adequado a prevenir ou reprimir a produção de leis e de atos normativos que contrariem regras ou princípios da Constituição. Representando o elemento de interação e de unidade da sociedade em torno da Constituição, ele opera a fusão entre o conteúdo jurídico-político do ordenamento e o manto social. A par desse aspecto, não é possível olvidar a existência de reflexos da declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo sobre o direito, considerando a concepção de Direito e de Justiça, que está relacionada à idéia de *jus naturale*: o direito natural encontrava-se como norma superior, de derivação divina, à qual todas as outras normas deviam a inspiração. A escola jusnaturalista do século XVII afirmava a existência de *direitos inatos*, intangíveis e irrenunciáveis e ao legislador se

impunha a existência de limites e de preceitos cogentes. Para John Locke, o Legislativo detinha a suprema força, mas esse se encontrava limitado pelo direito natural⁷⁸.

Segundo Mauro Cappelletti⁷⁹, a positivação do Direito Natural teve início a partir das Constituições rígidas, mormente com a Constituição dos Estados Unidos. A Constituição teria sido o passo definitivo para se afirmar como preceito de Direito Constitucional positivo os princípios *naturais* e os *direitos inatos*, além de garantir a efetiva aplicação desses princípios e a concreta tutela dos direitos: uma garantia que se impunha de modo cogente, quando posta em confronto com lei ordinária – vontade transitória e temporária do legislador -, em virtude da proeminência do preceito constitucional, no qual está contida a vontade do povo - o soberano – que idealmente pretendeu fosse a Constituição permanente e duradoura.

Com a prevalência do “legalismo” sobre o jusnaturalismo surgiu a necessidade do exercício do controle de legalidade. Contudo, a exigência de uma justiça acima das leis foi de imediato e essa se corporificou sob a forma de “Declarações de Direito” e de “Constituições”, tendo valor superior às leis. Assim, o controle de constitucionalidade, como instrumento de garantia da superioridade das normas constitucionais, surge como coroamento do Estado de Direito e como contraponto à concepção do Estado absoluto.

Não foi outra a razão pela qual, no Século XVI e XVII, na Inglaterra, conquanto não se tivesse uma constituição escrita, os atos legislativos da Coroa, bem assim os do Parlamento, em nome do Direito, foram considerados nulos, írritos e arbitrários. Entendia-se que o fato de situar todo o Poder no Parlamento não significava que a Casa dos Representantes pudesse praticar atos desautorizados pela natureza: o direito à segurança pessoal, à liberdade individual e à propriedade haveriam de ser amparados por disposições de natureza constitucional. São valores da justiça. Assim, os cidadãos, na defesa de direitos

⁷⁸ CORWIN, Edward S. *The Higher Law Background Law Review*, XLII, republicado em volume. New York, Cornell University Press, 1963, p. 7, 9-17 e 67.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre/RS, 1992, p.56.

inalienáveis, deveriam recorrer à proteção da Justiça, do Rei e do Parlamento. Se não produzida defesa eficaz, ser-lhes-ia lícito recorrer às armas, impor resistência, na linha do pensamento de Locke⁸⁰. Assim também dispunha a doutrina de Eduard Coke, na qual sustentava que o juiz pode declarar nula uma lei, ou por ser contrária a razão e ao direito natural, ou por usurpar prerrogativas reais⁸¹. Essa concepção foi acolhida pelo sistema americano, no sentido da possibilidade de ser declarada a nulidade de ato legislativo contrário à norma constitucional que, por esta razão, seria ineficaz: declara-se uma pré-existente nulidade da lei inconstitucional: efeito declarativo.

Tem-se presente a teoria clássica da inconstitucionalidade, assentada em duas premissas fundamentais: quanto ao parâmetro, inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais; quanto aos efeitos do controle, uma norma inconstitucional é *ipso jure* nula, ferida de nulidade absoluta. Esse o caráter da figura unitária da inconstitucionalidade estabelecida por essa doutrina a que se refere o autor português Gomes Canotilho⁸²: uma lei inconstitucional é nula; uma lei é nula porque é inconstitucional; a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade. Disse o referido autor cuidar-se de um “*silogismo tautológico*”. Mauro Cappelletti⁸³, no entanto, acentua que a doutrina do sistema difuso de controle judicial de constitucionalidade norte-americano “*é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi apreciada, com grande clareza, já na motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso Marbury versus Madison, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Alexander Hamilton*”. A seguir, o autor descreve:

(a) a função de todos os juizes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a julgamento;

⁸⁰ JUNIOR, Lourenço. Da Constitucionalidade das Leis – Tese. São Paulo, 1949, pág. 23-25.

⁸¹ CARR, Robert. The Supreme Court and Judicial Review, p. 41.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 939.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre, 1992, p. 75-76.

(b) uma das regras de interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;

(c) tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*;

(d) estes critérios antes referidos não valem, quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja rígida, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante. Logo, a norma constitucional tem proeminência sobre a legislativa ordinária.

Mauro Cappelletti⁸⁴ recorda que o sistema americano de *judicial review* teria sido se expandido para o Canadá, a Austrália, a Índia, o Japão e, na Europa, “*uma certa analogia pôde ser encontrada no Direito suíço (...), norueguês, dinamarquês (...), mas também na Alemanha e na Itália, países em que encontramos hoje um sistema não ‘difuso’, e sim, ‘concentrado’ de controle, existiu uma ainda que breve experiência de controle de tipo ‘americano’: assim, na Alemanha na época da Constituição de Weimar; na Itália nos anos de 1948 a 1956*”.

3.4.2 – No Sistema de Controle de Constitucionalidade austríaco

A partir da primeira guerra mundial, no entanto, diversos Estados passaram a adotar constituições nas quais não se previa a competência para o controle da constitucionalidade em favor do Legislativo – como se dá na França – nem do Judiciário. A incumbência fora outorgada a um órgão especial, de caráter constitucional e de natureza jurídico-política. São as Cortes Constitucionais da Áustria, 1920, sob a influência de Hans Kelsen; da Tchecoslováquia, 1920; da Espanha Republicana, 1931; da Itália, 1947; da

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre, 1992, p. 68-72.

Alemanha Federal, 1949; do Chipre, 1960; da Turquia, 1961, da Guatemala, 1965; do Chile, 1925⁸⁵.

A Áustria, de 1867 a 1918, constituía uma união real com a Hungria. Encerrado o período do império, proclamada a república, foi aprovada a Constituição de 1920, tendo a colaboração de Hans Kelsen. A Constituição austríaca foi revista em 1929. Mas, o grande destaque da Constituição austríaca de 1920 foi a criação de um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a cargo do Tribunal Constitucional⁸⁶.

Mauro Cappelletti observa que, se muito grande foi a difusão do sistema americano de controle de constitucionalidade, também se notabilizou o sistema 'austríaco' ou 'concentrado'. Assim, diante do impressionante panorama geográfico da expansão dos dois "contrapostos sistemas", não era possível deixar de perguntar-se quanto à *ratio*, a *philosophy* que está na base deles. Então, o referido autor destaca⁸⁷:

a) a doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial difuso de constitucionalidade das leis, motivada na sentença de 1803 redigida por John Marshall e antes formulada por Alexander Hamilton, transparece com extrema simplicidade: a função dos juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos que lhe são submetidos a julgamento; regra óbvia da interpretação das leis consiste em, quando duas disposições estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; quando diante de disposições de igual força normativa, a prevalência será indicada mediante a adoção dos critérios tradicionais *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*; esses critérios tradicionais, contudo, não têm aplicação quando contraste há entre disposições de força normativa diversa: a norma constitucional, quando a Constituição seja "rígida", prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante. Logo, qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja relevante a aplicação de lei

⁸⁵ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988, Rio de Janeiro, 1995, p. 63.

⁸⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo, Editora Del Rey, 13ª edição, 2007, p. 43.

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre/RS, 1992, pp. 75-100.

ordinária que contraste com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar a segunda⁸⁸.

b) diante a linearidade, da coerência e da simplicidade do raciocínio prevalente no sistema americano de controle da constitucionalidade, pergunta-se a razão pela qual a Constituição austríaca de 1920-1929 tenha preferido por em prática um controle concentrado de constitucionalidade das leis e o que teria motivado a expansão pela Europa deste sistema que se contrapôs ao americano. O mencionado autor põe à luz a possibilidade de “*verdadeiros contrastes de tendências entre órgãos judiciários, ou entre órgãos judiciários de diverso grau*” no processo de investigação da constitucionalidade da lei. Realça, por isso, que a aplicação do sistema americano, no ambiente do *civil law*, levaria à consequência de uma mesma lei não ser aplicada, porque julgada inconstitucional por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada por outros, porque não verificada a existência de vício. Afirma-se a ausência de impedimento a que, não tendo aplicado uma lei por julgá-la inconstitucional, o juiz, em outro momento, entenda em sentido contrário e determine a incidência do referido diploma. Fato como o da espécie poderia gerar entre órgãos judiciários a situação de grave conflito, além de gerar incertezas quanto à aplicação do direito, quadro pernicioso quer para o indivíduo, quer para a coletividade e o Estado.

b.1) aduz que, mesmo a não aplicação reiterada de uma lei por parte do órgão supremo da justiça tampouco viria impedir o comportamento contrário de qualquer outro órgão do ordenamento judiciário.

b.2) outro inconveniente da adoção do método “difuso” de controle -, que foi saneado no sistema americano pelo acolhimento do princípio do *stare decisis* -, é o que deriva da necessidade de, mesmo depois da não aplicação de uma determinada lei por parte dos órgãos judiciários, o sujeito interessado em decisão de idêntico teor ver-se compelido a

⁸⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. “De la Democratie em Amerique, Bruxelles, Meline, 1840, p. 174: “(...) se a Constituição é a primeira das leis e não pode ser modificada por lei ordinária, disto decorre a lógica consequência de que os tribunais devem obedecer à Constituição de preferência a todas as outras leis ordinárias. Explica, então, que solução diversa adotada pela França, com base em “*raison d’État*” antes que com base na “*raison ordinaire*”, se deu em virtude de na França a superioridade da Constituição ser mais nominal que efetiva”.

propor o novo caso em juízo. Esses conflitos e incertezas poderiam ser evitados, a partir do momento em que fosse atribuído ao órgão supremo da justiça o poder de estender a decisão além do caso concreto e de anular, com eficácia *erga omnes*, a lei considerada inconstitucional.

b.3) os Estados nos quais não foi adotado o princípio do *stare decisis* - mas ansiavam por resultados semelhantes ao do sistema americano, no qual se rejeita a aplicação da lei declarada inconstitucional, que, permanecendo *on the book*, é tornada a *dead law* -, se viram na contingência de encontrar um adequado substituto, à semelhança da Suprema Corte norte-americana: um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes*, de modo a evitar o surgimento de conflito e incertezas na aplicação do direito. Esta seria a razão de a Constituição austríaca dispor sobre uma especial Corte Constitucional, solução também alvitada, posteriormente, pela Espanha, a Itália, a Alemanha, que também acolheram o sistema concentrado engendrado por Hans Kelsen: concentrado em um órgão judiciário especial o controle de constitucionalidade das leis, que fora idealizado, propositadamente, para a função de controle normativo.

Essa é a doutrina imprimida ao sistema de controle concentrado da constitucionalidade, radicalmente contraposta àquela sobre a qual está fundado o sistema difuso. Mauro Cappelletti⁸⁹ frisa que no sistema concentrado não tem mais valia o clássico raciocínio de Hamilton e de Marshall para solução do problema da lei inconstitucional, em plano de mera interpretação e de conseqüente aplicação ou não da lei. No modelo de controle concentrado, a inconstitucionalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei, não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação do poder e dever de interpretação e aplicação do direito “válido” nos casos concretos submetidos à competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penais, administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo incidentalmente, da validade das leis. Acredita-se em uma *verdadeira presunção de validade, de legitimidade das leis*, que tem efeito para todos

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre/RS, 1992, p. 84-85.

os juízes, com a única exceção para a Corte Constitucional: uma presunção que, obviamente, não poderia ser configurada para os sistemas que adotaram o método do controle “difuso” de constitucionalidade.

O controle concentrado de constitucionalidade exercido pela Corte Constitucional se apresenta, desse modo, como processo especial capaz de afastar, para os juízes comuns, o dogma da presunção de validade das leis: uma vez assentada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, cumprirá ao juiz o acolhimento da síntese realizada, não lhe cabendo perquirir ou suscitar a necessária observância à presunção de validade das leis.

Mauro Cappelletti⁹⁰ recorda que as Constituições modernas não se limitam a dizer estaticamente o que é o direito e a dar uma ordem para uma situação social consolidada. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, os fundamentos da atividade futura do Estado e da sociedade, consistindo, em muitos casos, em uma polêmica contra o passado. Por isso, a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e política, como é possível ocorrer nas hipóteses em que há incerteza do limite constitucional imposto ao legislador. Daí a assertiva de a Corte Constitucional estar mais próxima da atividade legislativa e da política, considerada a vasta repercussão do acertamento da investigação da constitucionalidade das leis e a responsabilidade das escolhas do magistrado. Eis por que Kelsen, na Áustria, e Calamandrei, na Itália, consideraram o controle de constitucionalidade uma atividade de natureza legislativa, antes que uma atividade de natureza propriamente jurisdicional.

É nítida a diferença entre o sistema norte-americano e o sistema austríaco de controle de constitucionalidade. No primeiro sistema, o controle das leis, sob o aspecto subjetivo e de caráter difuso, é exercido na via incidental. No sistema austríaco, além do caráter concentrado, o exercício se dá na via principal. Nos Estados Unidos da América as

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre/RS, 1992, p. 89.

questões de constitucionalidade das leis podem ser argüidas apenas incidentalmente, no curso e por ocasião de um *case or controversy* e só na medida em que a lei cuja constitucionalidade se discute seja relevante para a decisão do caso concreto. Em decorrência, competente para resolver as questões de legitimidade constitucional das leis será o mesmo órgão judiciário que é competente para decidir o caso concreto. As questões de legitimidade constitucional, assim, não dão lugar a especiais procedimentos, pois surgem incidentalmente no âmbito de processos comuns e podem ser argüidas no curso de qualquer tipo de procedimento judiciário.

Em posição diametralmente oposta colocou-se o sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis. A Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 não só instituiu uma especial Corte Constitucional, na qual concentrou a competência exclusiva para decidir questões de constitucionalidade, mas também confiou a esse órgão um poder de controle que, para ser exercido, necessitava de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos. O controle de legitimidade das leis na Áustria, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos da América, é desvinculado de casos concretos. Há de ser exercido sempre “em via principal”, em “via de ação”, nunca de modo difuso ou incidental. No originário sistema austríaco, a juízes não era dado o poder de exercer o controle da constitucionalidade das leis nem o de não aplicar as leis que reputassem inconstitucionais, tampouco tinham o poder de pedir à Corte Constitucional que fizesse ela o controle que lhes era vedado. A legitimidade para a argüição somente fora outorgada aos órgãos políticos indicados na Constituição austríaca e a esses não era fixado nenhum limite de tempo para o exercício do *munus*.

A lei austríaca de revisão da Constituição, ocorrida em 1929, modificou parcialmente o sistema de controle. Mantida a via da ação direta, foi alterado o artigo 140 da Constituição, para acrescentar a legitimação também de dois órgãos judiciários ordinários: à Corte Suprema, para as causas civis e penais, e à Corte Suprema para as causas administrativas. Esses órgãos, no entanto, não poderiam argüir perante a Corte Constitucional austríaca a questão da constitucionalidade em “via principal”, mas somente “na via incidental” ou de “exceção” surgida em processo ordinário, civil, penal ou

administrativo. Assim, nasceu no Direito austríaco, um sistema de controle de constitucionalidade de caráter híbrido.

E assim se houve, porque o sistema inaugurado na Áustria em 1920 teria se mostrado insuficiente, pois, conferida a legitimidade somente aos Governos dos Länder e ao Governo Federal para o exercício da via direta de controle, a investigação constitucional praticamente estava limitada a criar óbice contra possíveis invasões do poder legislativo federal no âmbito reservado à competência legislativa dos Länder e vice-versa, garantindo, desta maneira, entre a Federação e os Länder, o respeito recíproco à repartição constitucional de competência. Fora do controle ficavam, por exemplo, as leis lesivas aos direitos individuais. Desse modo, muitas das leis em relação aos quais pairava a suspeita de inconstitucionalidade poderiam fugir ao controle da Corte Constitucional austríaca e a essas os juízes estavam obrigados a dar aplicação. Aos órgãos judiciários superiores não foi outorgada a competência para o exercício do controle da constitucionalidade: a legitimidade estava circunscrita a requerer à Corte Constitucional que efetue o controle, limitadamente às leis aplicáveis ao caso concreto submetido ao julgamento desses. Nos referidos órgãos, se dúvida surgisse a respeito da constitucionalidade da lei, deveriam submeter a questão à Corte Constitucional, que, em julgamento vinculante, decidiria a controvérsia.

Mesmo com a reforma de 1929 da Constituição austríaca, persistiram alguns inconvenientes na atividade de controle da constitucionalidade. Entre os órgãos da justiça civil, penal e administrativa, apenas às duas Cortes Superiores foi reconhecida a legitimidade para requer à Corte Constitucional o exame da constitucionalidade da lei em caso concreto. Aos juízes se impunha a aplicação da lei, com o sério risco de somente em fase final a matéria constitucional passar pelo crivo da Corte Constitucional, se e quando a controvérsia sobre o direito viesse a ser submetida ao Tribunal Superior. Se a Corte Constitucional pronunciasse a invalidade da lei, impor-se-ia aos juízes a aplicação do que assentando no julgado.

Essa vicissitude foi evitada, tanto pelo sistema italiano previsto na Constituição de 1948, como também pelo alemão, introduzido com a Constituição de Bonn de 1949 - conquanto ambos tenham sofrido a influência do modelo austríaco. Mesmo sendo vedado aos juízes o exercício do controle de constitucionalidade, diferentemente da Áustria, todos os juízes, encontrando-se diante de uma lei suspeita de ser contrária à Constituição, têm o poder/dever de submeter a questão à Corte Constitucional, que decidirá com eficácia vinculatoria. O julgamento do caso concreto, então, ficará suspenso, enquanto a Corte Constitucional não decidir a questão prejudicial de constitucionalidade⁹¹.

Pode-se afirmar, então, que se se teve originariamente uma nítida contraposição entre o método americano de controle judicial de constitucionalidade, difuso e incidental, e o método austríaco de controle efetuado exclusivamente em via de ação perante a Corte Constitucional, certo é que, a partir de 1929, tal contraposição foi atenuando, ainda mais depois do controle implantado na Itália e na Alemanha no pós-guerra, por meio do qual a arguição de constitucionalidade das leis poderia chegar a julgamento das Cortes Constitucionais, quer pela via incidental, quer pela via principal, em um processo autônomo.

Mauro Cappelletti⁹² disse que, se o método “europeu” é mais complexo e completo do que o “americano”, ele revelar-se-ia mais perigoso, porque poderia, efetivamente, dar à atividade das Cortes Constitucionais uma coloração excessivamente política, ao invés de judicial, dando azo e consistência aos temores daqueles que vêm no poder de controle de constitucionalidade das leis uma ameaça de interferência das Cortes nas esferas do Poder Legislativo e do Executivo. Observa, contudo, que a resposta a estes temores poderá ser dada em concreto e pelo modo como, mediante o exercício da atividade de controle da constitucionalidade das leis, as Cortes souberem impor-se aos outros órgãos do Estado e à opinião pública, como essenciais institutos de garantia e de controle de uma superior legalidade, como fez ver a Suprema Corte americana.

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Itália, 1957, p. 155-157.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 2ª edição, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 113-114.

3.4.3 – Pronunciamento de inconstitucionalidade da lei. Efeitos temporais.

Não é possível renegar a existência de reflexos dos eventuais efeitos da decisão proferida no âmbito do procedimento do controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo sobre o direito, considerando a concepção de Direito e de Justiça. Importa, por isso, ter em mira aquele que, não tendo participado do processo de elaboração do ato normativo, é alcançado pelos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade. No ponto, também há radical contraposição entre o sistema americano e o austríaco.

Relativamente ao primeiro sistema, a lei inconstitucional é absolutamente nula, porque contrária à norma constitucional, e, portanto, é ineficaz: o juiz, ao exercer o poder de controle, não anula, mas, meramente declara uma pré-existente nulidade da lei. Quando a Suprema Corte dos Estados Unidos da América pronuncia ser nulo o ato do Congresso esta declaração, necessariamente, significa cuidar-se de vício desde o início, porque a prática do ato foi além do poder outorgado ao Congresso⁹³. O estatuto inconstitucional é inconstitucional por si e não porque alguma autoridade da Corte Suprema a pronunciou. O sistema norte-americano de legitimidade das leis tem a natureza de controle declaratório e a eficácia, meramente declaratória, opera *ex tunc*, por cuidar-se de simples accertamento de uma pré-existente nulidade absoluta. No sistema americano e, igualmente, nos sistemas que o tomaram como paradigma, a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto. Assim, há somente eficácia especial *inter partes* e, por força da aplicação do princípio do *stare decisis*, o diploma legal, ao fim e ao cabo, embora permanecendo *on the book*, converte-se em *a dead law*.

Quanto ao segundo, o sistema austríaco, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa uma lei que até o pronunciamento da Corte é válida e eficaz. A Corte Constitucional austríaca tem igualmente o poder discricionário de dispor

⁹³ E.S. CORWIN. *The Higher Law Background of American Constitutional Law*, New York, Cornell University Press, fifth printing, 1963, p. 14.

que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data, posterior à publicação do pronunciamento de inconstitucionalidade. O sistema de controle é constitutivo de invalidade e de ineficácia das leis que contrastam com a Constituição. Assim, o pronunciamento de inconstitucionalidade tem eficácia constitutiva, anulatória e o efeito da decisão é *ex nunc*. No sistema austríaco de controle há o caráter *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade. A lei, sobrevivendo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sobrevivendo uma lei abrogatória e, em decorrência, entram em vigor, salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional, aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional (Constituição austríaca, artigo 140, § 5º, e nº 7, 2ª parte).

Na Áustria, a lei de revisão constitucional de 1929 outorgou competência à Corte Suprema para as causas civis, penais e causas administrativas, bem assim legitimação para incidentalmente suscitar a inconstitucionalidade perante a Corte Constitucional, sendo defeso fazê-lo pela “via principal”. Em virtude da novel legitimação, impunha-se proceder à conciliação do sistema de controle com o interesse jurídico do jurisdicionado posto a exame do Poder Judiciário em processo ordinário.

Neste tipo de procedimento, a discussão está centrada na existência de direitos e deveres surgidos antes do pronunciamento de inconstitucionalidade. São atos de natureza civil, penal ou administrativa oriundos de uma norma eficaz no momento em que realizados. O pronunciamento da Corte Constitucional, dotado de eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* ou pro futuro não socorreria a pretensão do autor jurisdicionado, pois a norma declarada inconstitucional é considerada perfeitamente válida e eficaz até o momento em que for publicado, sem força retroativa, o pronunciamento da Corte Constitucional. Até então são tidos como válidos e eficazes os fatos praticados com base na norma argüida de inconstitucionalidade. A decisão aproveitaria ao autor da ação, bem assim em relação aos terceiros que se encontrarem na mesma situação jurídica, a partir da publicação do ato judicial.

A atenuação do rigor do sistema adveio com a reforma de 1929 da Constituição da Áustria: outorgou-se, em favor do autor da ação na qual surgida a argüição de inconstitucionalidade, o efeito *ex tunc* à decisão mediante a qual decidida a existência do vício. Manteve-se, contudo, o efeito *ex nunc* em relação aos demais interessados.

Na Áustria de 1929, as exigências práticas – e não dogmáticas – levaram à atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade. Também nos Estados Unidos, bem assim na Alemanha e na Itália, houve notável contraposição à rígida doutrina da eficácia *ex tunc*, da retroatividade da declaração judicial de inconstitucionalidade. Enquanto no sistema austríaco a mitigação da tese da irretroatividade teve em conta a eventual disparidade de tratamento dos cidadãos, considerando o autor do processo ordinário em que discutida a constitucionalidade e a existência de casos análogos pendentes – aspectos subjetivos –, no âmbito do controle de constitucionalidade americano o abrandamento se fez tendo em conta a realidade jurídica dos fatos. Mostrava-se complexo o problema da retroatividade das sentenças declaratórias de constitucionalidade. Diante do pressuposto de que a lei inconstitucional é, desde a origem, nula e ineficaz, ter-se-ia o entendimento de que todo ato, privado ou público, que tenha se fundado nessa lei estaria destituído de uma válida base legal. Dita lei, no entanto, pode ter sido pacificamente aplicada por todos, órgãos públicos e agentes privados. Indagava-se, então, se em tal caso destruir-se-iam todos os efeitos que foram produzidos em decorrência da aplicação da lei supervenientemente declarada inconstitucional.

Presente a possibilidade acima referida, na reforma constitucional austríaca de 1975/1976, outorgou-se ao Tribunal Constitucional poderes para a adoção de fórmulas diversas em relação aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, que podem ser fixados *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro* - termo inicial diferido, mas em prazo não superior a um ano e oito meses. É o que está expresso no artigo 140, § 5º, da Constituição da Áustria: a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos a partir da publicação, a menos que o Tribunal fixe um termo inicial, que não pode ultrapassar um ano e oito meses, caso em que, durante todo o período até o prazo fixado, a lei deverá ser aplicada.

A Corte americana ofereceu resposta à indagação. Estimuladas pela doutrina do realismo jurídico que demonstrou ser a Constituição um *living document*, sujeito à evolução de significados e significantes que em certo momento apresentam-se como conforme e, em outros, se mostram contrários à Constituição, a Corte adotou critérios inspirados no pragmatismo e na elasticidade. Assim, em matéria penal, as Cortes americanas assentaram que, sem embargo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não se há de impor o cumprimento de pena que tenha sido imposta com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional. Em matéria civil, também em administrativa, assentaram o respeito “aos efeitos consolidados” dos atos produzidos em decorrência da aplicação de leis declaradas contrárias à Constituição. Conquanto a lei tivesse sido declarada inconstitucional, à causa de decidir agregaram-se considerações relacionadas ao fato de que, se não adotada a mitigação do efeito *ex tunc* à decisão declaratória de inconstitucionalidade das leis e atos normativos, adviria do provimento judicial gravíssima repercussão sobre a paz social. Ou seja, fez-se a opção tendo como escopo assegurar “*um mínimo de certeza e de estabilidade das relações e situações jurídicas*”.⁹⁴

O pragmatismo vislumbrando em certo momento pela Corte americana grassou e encontrou ressonância em diversos sistemas de fiscalização da constitucionalidade das leis, com se infere do que acolhido pela Itália, Alemanha, Espanha e Portugal.

Na Itália, no texto da Constituição de 27 de dezembro de 1947, ao tratar das garantias constitucionais, previu-se a criação da Corte Constitucional, que se estabeleceu em 1956. À Corte é outorgada a competência para julgar as controvérsias relativas à legitimidade das leis do Estado e das regiões, os conflitos de atribuição entre os diversos poderes do Estado: entre o Estado e as Regiões e as acusações contra o Presidente da República e os Ministros. Quando a Corte declara a ilegitimidade da lei em face da

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre, 1992, p.122-124.

Constituição, a referida lei deixa de ser eficaz desde o dia seguinte da publicação da decisão. O efeito do provimento judicial é dotado de caráter revogatório e *ex nunc*.

Na Alemanha, a Constituição de 23 de maio de 1949 conferiu ao Poder Judiciário a competência para distribuir justiça: é exercida pelos juízes, pelo Tribunal Constitucional Federal, pelo Tribunal Federal Supremo, pelos Tribunais Regionais previstos na própria Lei Fundamental, e pelos Tribunais dos Estados. Ao Tribunal Constitucional, que funcionou a partir de 1951, compete a interpretação da Lei Fundamental e a apreciação das causas sobre a extensão dos direitos e obrigações de um órgão federal superior ou de outros interessados investidos de direitos próprios, seja em virtude da Constituição ou da lei. Cumpre-lhe examinar as divergências ou as dúvidas sobre a compatibilidade formal e material do Direito Federal ou Estadual com a Constituição, bem como do Direito Estadual com o Direito Federal. As legislações estaduais podem atribuir ao Tribunal Constitucional Federal o julgamento de litígios constitucionais interiores de um estado. Se um tribunal entender inconstitucional uma lei, cuja validade condiciona a decisão a ser tomada, deverá suspender o processo e solicitar a respeito uma manifestação sobre a inconstitucionalidade. Se a violação presumida for da Constituição estadual, a solicitação será dirigida ao tribunal estadual competente para julgar questões constitucionais. Se a incompatibilidade disser respeito à Lei Fundamental Federal, a solicitação será endereçada à Corte Constitucional Federal, cuja estrutura, normas procedimentais e atribuição de competência para determinar os casos em que as decisões têm força de lei estão previstas em Lei Federal⁹⁵.

A Corte Constitucional não se encontra inserida como uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias, pois se destina à “jurisdição constitucional” e não como órgão revisor ou tribunal de revisão ou de cassação. A competência que exerce não resulta de *cláusula geral, sendo definida precisamente na Lei Fundamental*⁹⁶. Além disso, está expresso no artigo 93, II, da Lei Fundamental alemã que o legislador poderá outorgar outras atribuições ao Tribunal Constitucional. Em virtude dessa delegação, teve-se a

⁹⁵ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988, Rio de Janeiro, p.63-65.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p.14.

atribuição de competência à Corte Constitucional, pelo legislador ordinário federal, para conhecer e julgar “recurso constitucional” (Lei da Corte Constitucional, artigo 90). Somente em 1969 a referida competência foi incorporada ao texto constitucional. A Lei da Corte Constitucional não contém regras processuais exaustivas e também não reconhece ao mencionado órgão autonomia para ditar regras processuais: a lei somente disciplina os procedimentos externos. O Regimento do Tribunal limita-se a regular o *processo interno*. Verifica-se, também, que os artigos 31, nº 2, e 79, I, da Lei da Corte dispõem sobre a eficácia vinculante e *erga omnes* bem assim sobre os efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional nos processos de controle de leis, e o faz amparado no preceito do artigo 94, inciso II, da Lei Fundamental.

A Constituição espanhola de 27 de dezembro de 1978 adotou, também, o modelo de jurisdição concentrada. Ao lado do Tribunal Supremo - órgão jurisdicional superior em todas as ordens e com jurisdição em toda a Espanha - foi criado, na cúpula do sistema, o Tribunal Constitucional, que tem competência para conhecer do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo com hierarquia de lei refletem-se na jurisprudência assentada pelo Tribunal Constitucional, mas não alcança as sentenças transitadas em julgado, nas quais o direito subjetivo de terceiros tenha sido decidido com fundamento no ato normativo declarado como inválido. Trata-se de uma ação direta e à solução dada são atribuídos os efeitos *erga omnes* e *ex nunc*. Nesse sistema, quando um órgão judicial considerar que uma norma no nível de lei, aplicável ao caso concreto e de cuja validade dependa a sentença, possa ser contrária à Constituição, colocará a questão perante o Tribunal Constitucional, observando os pressupostos, a forma e os efeitos estabelecidos pela lei, que em nenhum caso serão suspensivos. A partir de 1978 a Constituição da Espanha previu no artigo 165 a possibilidade de a legislação infraconstitucional (lei orgânica da Corte) definir as hipóteses nas quais o Tribunal Constitucional poderia conferir efeitos diversos do da nulidade às decisões em que pronunciada a inconstitucionalidade das leis. Desde 1989 a Corte espanhola passou a adotar a técnica da limitação dos efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade.

Quanto à República de Portugal, a Constituição de 1976 adotou o sistema misto – controle judicial e político – e traçou a disciplina pormenorizada do controle de constitucionalidade. Além de conter disposição expressa relacionada à garantia da Constituição e limites de revisão, cuidou, em capítulo específico, da fiscalização da constitucionalidade, que se exerce pela jurisdição difusa e concentrada, mediante ação e exceção, na via preventiva e *a posteriori*, em abstrato e concretamente. Dispôs sobre os efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade e instituiu a ação de inconstitucionalidade por omissão. Os tribunais não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados – jurisdição difusa. Ao Tribunal Constitucional compete julgar os recursos interpostos contra as decisões nas quais o magistrado se recusou a aplicar a lei, com fundamento em inconstitucionalidade, ou aplicou lei cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. Na via da ação direta, o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade. Também tem força obrigatória geral a inconstitucionalidade julgada em três casos concretos sobre o mesmo tema. No tocante aos efeitos, conquanto a Carta portuguesa adote a retroatividade (*ex tunc*) e determine a repristinação das leis que ela, a lei, haja revogado, está expressa também a possibilidade de em casos excepcionais o Tribunal Constitucional fixar efeitos diversos da nulidade. É o que se lê no artigo 282, item 4, da Constituição de Portugal⁹⁷. Comentando a disposição inserida na Carta portuguesa, Jorge Miranda acentua⁹⁸:

“A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-las às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade: é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização. Uma norma como a do art. 282, n.º 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência”.

⁹⁷ Art. 282, item 4, da Constituição da República de Portugal:

“Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e 2”.

⁹⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Editora Coimbra, 3ª edição, t.2, 1991, p. 500-2.

Importa ter presente que a contraposição dos sistemas de controle da constitucionalidade das leis decorre da formatação do modelo adotado em cada Estado. Diz-se que no modelo americano é possível vislumbrar a existência de desconfiança em relação ao parlamento e, no modelo kelseniano-europeu, essa desconfiança se volta para a magistratura, sob o argumento de os juízes ainda estarem vinculados ao regime decaído. O espanhol Francisco Segado discorre sobre o tema⁹⁹:

“(...) convém não esquecer que as divergências entre ambos os modelos de controle de constitucionalidade emanam de pressupostos histórico-políticos e ideológicos contrapostos, que constituem a última e mais profunda ratio de sua bipolaridade. O sistema americano deriva sua razão de ser na vontade de se estabelecer a supremacia do poder judiciário (o denominado ‘governo dos juízes’) sobre os restantes poderes, particularmente sobre o poder legislativo, o que constitui um ato de confiança nos Juízes (...). A Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana representa, ao contrário, um ato de desconfiança em relação aos Juízes, desenvolvido para salvaguardar o princípio da segurança jurídica e estabelecer a supremacia do parlamento, posta em sério perigo pela batalha iniciada por amplos setores do mundo jurídico a favor do controle jurisdicional (difuso) das leis, o que compreendia deixar nas mãos de uma casta judicial, em ampla medida de origem aristocrática e vocação autoritária, um instrumento de extraordinária relevância na vida de um Estado de Direito”.

John Marshall¹⁰⁰, na Convenção de Virgínia, afirmou: *“se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juízes, como infringentes à Constituição, da qual eles são o guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem a sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la nula”.*

Alexander Hamilton, in *O Federalista*¹⁰¹, acentuava que *“[a] independência integral das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada”.* Ao qualificar uma Constituição como limitada, dizia que ela contém certas restrições

⁹⁹ SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de La bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justiça constitucional. Revista de Direito Público, nº 2, Out-Nov-Dez/2003.

¹⁰⁰ EVANS, Lawrence B. Cases on American Constitutional Law, 6ª edição, Chicago, Callaghan, 1952, p. 51.

¹⁰¹ HAMILTON, Alexander. Apud em “Os Clássicos da Política”, obra organizada por Francisco C. Weffort, Editora Ática, 13ª edição, 1º volume, 2004, p. 275-6.

específicas à autoridade legislativa, como não aprovar projetos de confiscos, leis *ex-post-facto* e outras similares, acentuando, a seguir, que tais limitações somente poderiam ser preservadas, na prática, por meio das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Portanto, legítima se apresentava a atuação das cortes de justiça, de apreciar e de examinar a regularidade dos atos legislativos, por não ser admissível supor “*que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes*”.

Diante deste contexto, é possível vislumbrar na *ratio* do modelo de controle de constitucionalidade das leis adotado pelos Estados Unidos da América a existência de uma virtude que paira acima do gesto de desconfiança na prática parlamentar. A doutrina republicana e democrática viria espelhar um modelo de representação política, não servindo como instrumento revolucionário para negar a representatividade do parlamento. A solução adotada pela Constituição Federal americana de 1787 espelha uma crítica à onipotência do parlamento inglês e uma novação da atividade legislativa no âmbito do novo Estado, estabelecendo um balanceamento do poder legislativo, considerando a independência dos juízes e autonomia do poder executivo. A experiência do Estado americano de 1776 à 1787 pôs à mostra como o exercício do poder constituinte pode traduzir na Constituição a individualização de um povo, de uma autoridade superior aquela do legislativo¹⁰². Tem-se, visto por outro prisma, o dogma da supremacia das normas constitucionais como decorrência da expressão da vontade do soberano: o povo.

Além dessa distinção, é possível haurir do modelo austríaco de controle concentrado de constitucionalidade a existência de características próprias: a via principal da ação perante a Corte Constitucional, pois a argüição é estancada do litígio em que suscitado o vício; o caráter geral, por ser dotada de eficácia *erga omnes* a declaração de inconstitucionalidade, e, por fim, a natureza constitutiva da decisão, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos, em regra, *ex nunc*. O modelo difuso,

¹⁰² FIORAVANTI, Maurizio. *Appunti di Storia Delle Costituzioni Moderne – Le Libertà Fondamentali*. G. Giappichelli Editore – Torino, Itália, 1995, p. 90-91, tradução livre.

diferentemente, pode ser definido como incidental, especial e declaratório: incidental, pela necessidade de que o autor seja parte em uma controvérsia concreta; especial, uma vez que declaração de inconstitucionalidade traz como consequência a negativa de aplicação à lei contrária à Constituição. E é declaratório: o pronunciamento judicial de inconstitucionalidade se reporta à incompatibilidade congênita do ato legislativo com a Constituição. Não é algo que forma ou se constitui a partir da declaração judicial. Cuida-se de declaração de nulidade preexistente e, portanto, o efeito há de ser *ex tunc*.

Demarcadas as distinções entre os sistemas, não há de se pretender o estabelecimento de divergência ou de convergência, nem parece possível estabelecer paralelos entre os modelos de controle de constitucionalidade. Poder-se-ia anotar a possibilidade de entrelaçamento, se verificada a existência de pontos comuns. Não é dado, contudo, fazer-se a mera utilização de técnica de acoplamentos e de remendos para dar azo ao surgimento de um terceiro modelo, para assinalar, a partir da daí, que a lei declarada inconstitucional ora é nula e ora anulável e, assim, imprimir efeito jurídico ao ato legislativo portador de vício de raiz. Soa como antítese, pelo menos no âmbito dos Estados em que adotado o dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional, a técnica de controle de constitucionalidade gravada como “*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*”, pois a consequência de declaração de inconstitucionalidade é a nulidade *ab initio* da lei. Gilmar Ferreira Mendes¹⁰³, acerca do vício de inconstitucionalidade, observa que a pecha de nulidade da lei ou ato normativo assim declarado não encontra expressão inequívoca em texto da Constituição. Entretanto, a doutrina prevalente o afirma nulo, com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, acentuando que a aplicação continuada dos atos assim declarados somente se apresenta possível, *verbis*:

“(...) se for exigida ou pressuposta pela Constituição, uma vez que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional. Essa concepção, que há de ser considerada obrigatória do prisma constitucional, contém o perigo de que se fortaleça tendência no sentido de se identificar na Constituição toda e qualquer assertiva que legitime a

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 198-199 e 229.

aplicação do direito inconstitucional. Semelhante tendência poderia fortalecer a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade confere efetivamente ao Tribunal uma discricionariedade da sanção”.

3.4.4 – Sistema de controle de constitucionalidade: nulidade, anulabilidade, existência e validade.

A controvérsia pertinente aos efeitos da inconstitucionalidade da lei perpassa pela compreensão do alcance da declaração dos vícios verificados na elaboração de atos normativos e legislativos.

Alfredo Buzaid¹⁰⁴ recorda que, segundo a classificação tradicional, as ações se dividem em declaratória, constitutivas e condenatórias¹⁰⁵, sendo que alguns autores acrescentam outra categoria, a ação mandamental¹⁰⁶. Impunha-se, por isso, a indagação acerca de em qual das espécies estaria inserida a decisão judicial de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo e qual a natureza do provimento.

Pontes de Miranda¹⁰⁷ acentua que as classes dessas decisões são determinadas pela preponderância da eficácia: não existiriam decisões puras, pois, em cada uma delas haveria elemento componente de outras e de todas seria possível haurir a força da sentença, força de um conteúdo sucessivo que guarda relação com a eficácia. Então, o autor anota ser “*quaestio iuris* a questão sobre a inconstitucionalidade das leis. E, *quaestiones iuris* ou são *quaestiones iuris praeiudiciales*, se prévias em relação a outras questões, ou *quaestiones iuris principales*”, se o sistema jurídico não veda a discussão e a resolução das questões de direito *in abstracto*, sem se exigir que se decida algo sobre ameaça de violação ou sobre violação atual de direito. Afirma, então, que a declaração de

¹⁰⁴ BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 123-138.

¹⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di Diritto Processuale Civile, I, nº 42.

¹⁰⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, volume III, p. 180 e seguintes.

¹⁰⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 1946, 2ª edição, volume V, p. 291-292.

inconstitucionalidade importa declaração de nulidade da lei ou do ato, mas adverte a seguir que o “*nec ullus*” do direito romano:

“(...) não existe; o nulo do jurista contemporâneo existe, mas anormalmente existe, nulamente é. Daí poder haver o nulo com todos ou algum efeito e não haver o inexistente com efeito; o que não existe não tem qualquer efeito; o nada nada produz. Nenhum jurista confunde os três planos: - o da existência; o da validade; e o da eficácia. A eficácia supõe o ser. Se há lei, claro que é ‘quaestio iuris praeiudicialis’ se ela vale ou não vale; a lei somente não vale se ofende a Constituição. Tal ‘quaestio iuris praeiudicialis’ é de constituição negativa. Portanto, a ação declaratória de inconstitucionalidade é constitutiva negativa”.

E concluindo assevera: “*Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou o tribunal diria: ‘não existe’ e a eficácia seria a de toda decisão declaratória*”.

Esse também é o pensamento de Calamandrei¹⁰⁸, para quem a Corte Constitucional não tem o caráter de tribunal judiciário, de órgão “*superlegislativo*”¹⁰⁹ e o pedido de declaração de inconstitucionalidade tem natureza não de ação, mas de denúncia¹¹⁰:

“A lei ilegítima é anulada ex nunc, com um pronunciamento que tem a mesma eficácia constitutiva e inovadora que teria uma lei nova, que a modificasse ou a ab-rogasse de hoje em diante. A lei constitucionalmente ilegítima não é, portanto, segundo o artigo 136 da Constituição [italiana], uma lei inexistente ou absolutamente nula desde o princípio; é uma lei existente e válida, enquanto não intervém a decisão da Corte Constitucional para anulá-la”.

¹⁰⁸ CALAMANDREI, Pierro. La Illegittimità Costituzionale delle Leggi nel Processo Civile, Pádua, Itália, 1950, p. 72.

¹⁰⁹ CALAMANDREI, Pierro. La Illegittimità Costituzionale delle Leggi nel Processo Civile, Pádua, Itália, 1950, p. 60;

¹¹⁰ CALAMANDREI, Pierro. Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria, in Revista de Direito Processual, Ano XI, p. 11.

De igual modo Hans Kelsen¹¹¹, ao dissertar sobre nulidade e anulabilidade:

“(...) O princípio segundo o qual uma norma só deve ser posta pelo órgão competente, isto é, pelo órgão que para tal recebe poder de uma norma superior, é o princípio da legitimidade. (...) Entre uma norma superior e uma norma inferior de uma ordem jurídica, não é possível qualquer conflito que destrua a unidade deste sistema normativo, tornando impossível descrevê-lo em proposições jurídicas que não sejam contraditórias entre si.

Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos. (...) Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (ex tunc). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma. A ordem jurídica somente pode conferir a um determinado órgão poder para anular uma norma criada por outro órgão, mas pode atribuir poder a quem quer que seja para decidir se algo que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica tem objetivamente esta significação, quer dizer: se a norma foi produzida pela forma determinada pela ordem jurídica e com o conteúdo por esta mesma ordem jurídica fixado, e, portanto, se é vinculante para ele. Se a decisão é por tal forma descentralizada (...) ela pode ser proferida com sentidos divergentes. Um indivíduo pode declarar a norma em questão como norma jurídica válida, um outro pode recusar-lhe este caráter. A decisão tem, por isso, na medida em que está em questão a validade de uma norma jurídica, um caráter constitutivo. (...)

Não pode negar-se que há casos em que algo, especialmente uma ordem, que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica, quer dizer, de ser uma norma posta por um ato conforme à norma fundamental, não costuma ser considerada tal por ninguém, sem que a ordem jurídica confira competência a todas as pessoas para essa apreciação, sem que seja sequer necessário um ato especial de anulação previsto pela ordem jurídica. (...) Se se admite que, nestes casos, existe nulidade a priori, esta cai fora do

¹¹¹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Editora Martins Fontes, 6ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, 2000, pp. 306-309.

domínio jurídico. Também não é de forma alguma possível determinar juridicamente estes casos. A ordem jurídica não pode fixar as condições sob as quais algo que se apresente com a pretensão de ser uma norma jurídica tenha de ser considerada a priori como nulo e não como uma norma que deve ser anulada através de um processo fixado pela mesma ordem jurídica. Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que nem sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas a priori e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes da realização de tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida”.

É preciso ter presente que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica. O agir há de ser de conformidade com a norma fundamental posta. As normas de uma ordem jurídica valem porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida.

O tema pertinente à teoria das invalidades dos atos administrativos, “*lato sensu*”, tem origem no direito romano, mas a distinção entre ato nulo e anulável sempre se apresentou tormentosa. No direito romano, falava-se em anulabilidade como equivalendo o nulo ao inexistente. Conhecia-se apenas a figura do *nullus*, que então equivalia à nulidade segundo o *jus civile*. Os negócios ineficazes denominavam-se *nullum*, e a eles negavam-se os efeitos que deviam ter por natureza e finalidade. Os romanos não distinguiram entre nulo e inexistente¹¹². A anulabilidade, originada no instituto romano da *in integrum restitutio*, desenvolveu-se somente a partir da Idade Média, sempre ligada à idéia de produção de efeitos que pudessem ser desconstituídos¹¹³. Pontes de Miranda¹¹⁴ anotou que, presente a

¹¹² KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 80.

¹¹³ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Ensaio sobre a história, as possibilidades e os limites de uma teoria das invalidades dos atos jurídicos. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Ciência Jurídica Nova Alvorada, nº 40, pp. 47-74 e 67-68, jan/jun de 1998.

¹¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, tomo 4, p. 4 e 29.

ausência de distingue entre ato nulo e inexistente, “qualquer pessoa podia argüir ser nulo o ato, porque ele não existia, não era”. E, tendo em consideração o critério de gravidade do defeito que afetava o ato, acentuou que “nulo e anulável existem. No plano da existência (= entrada no mundo jurídico), não há distingui-los (...). Trata-se de distinção interna, baseada em maior ou menor gravidade do déficit”.

Daí, em face do critério pertinente ao fator intensidade do defeito do ato, o nulo e o anulável seriam dotados de diversas características específicas, por meio das quais puderam ser estabelecidas diferenciações¹¹⁵: a nulidade é defeito que:

- a) configura o ato como insanável e irratificável;
- b) pode ser alegado por parte de qualquer interessado, fazendo com que a nulidade do ato seja pronunciada;
- c) permite-se a decretação de ofício pelo juiz;
- d) não se exige ação específica para o pronunciamento da nulidade, que pode ocorrer de forma incidental;
- e) torna o ato imprescritível, não sendo sanado pela passagem do tempo;
- f) não produz efeito.

A anulabilidade estaria relacionada a um defeito menos grave, por isso:

- a) torna o ato sanável e ratificável;
- b) pode ser alegado pela parte prejudicada – detentora do direito potestativo ao desfazimento do ato, fazendo com que a anulabilidade do ato seja pronunciada;

¹¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 168.

c) não pode ser decretada de ofício pelo juiz;

d) exige requerimento para a decretação da anulabilidade;

e) pode ser sanado pelo decurso do tempo, porque o direito à desconstituição pode sofrer os efeitos da decadência. Senão exercido o direito de desconstituir no prazo previsto em lei, o ato continua a produzir efeitos;

f) permite que o ato produza todos os efeitos normais, mas há o direito à formulação de pleito de invalidação pelo interessado.

Ao discorrer sobre o mesmo tema, José Joaquim Gomes Canotilho asseve que a teoria das nulidades de direito privado influenciou sumamente na busca de soluções para o problema das nulidades em direito constitucional¹¹⁶. Diz o autor que a figura da ineficácia abarca dois tipos fundamentais: a nulidade e a anulabilidade. A primeira costuma designar-se também por *nulidade absoluta*, radical ou de pleno direito (*ipso iure*), e a segunda, de *nulidade relativa*.

Conforme o referido autor, considera-se o ato absolutamente nulo quando esse é intrinsecamente inválido, faltando-lhe elementos essenciais para a perfeição, advindo, daí, as conseqüências da carência, *ab initio*, de efeitos jurídicos, sem necessidade de impugnação prévia; há invalidade imediata, *ipso iure*, do ato; o caráter geral da invalidade traz consigo a impossibilidade de ser sanado ou confirmado. A nulidade absoluta implica ineficácia do ato por si mesmo, sem necessidade de intervenção do juiz, o que não significa que não seja de aceitar um pedido de declaração judicial de nulidade, com a única finalidade de destruir a aparência do ato, aparência esta susceptível de originar resistência por parte de terceiros. O autor acrescenta que a nulidade absoluta tem caráter geral, podendo qualquer pessoa invocá-la a seu favor e contra quem quer que seja (*erga omnes*); o

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª edição, 2002, pp. 941-948.

juiz pode e deve decretá-la de ofício e apreciá-la em qualquer momento, pois a nulidade absoluta não está sujeita a prazos de prescrição ou de caducidade, não sendo também passível de confirmação. Relativamente à anulabilidade, não são verificáveis tais características. Desse modo, não tocando nos elementos intrínsecos do ato e tendo efeitos menos rigorosos e mais limitados, cumpre às partes interessadas invocá-la dentro de certo prazo, não operando *ipso iure* nem tendo eficácia geral.

Quanto à inexistência do ato, apresenta-se questionável a afirmativa no âmbito do direito privado, mas a assertiva encontra justificação na necessidade de não ser considerado ato aquele que não contém os elementos essenciais de formação desse, vícios que o tornam totalmente improdutivo ou inoperante. A nulidade absoluta corresponderia à inexistência do ato e os atos considerados inexistentes “*não são actos inexistentes, são não actos*”¹¹⁷.

Por fim, no que se refere à ineficácia, disse de algo ligado não aos requisitos de validade, mas àqueles necessários à idoneidade do ato para produzir efeitos jurídicos. Acertados ditos conceitos, diz Gomes Canotilho¹¹⁸ que a orientação contida na doutrina civilista e administrativa pode ser transferida para o direito constitucional, mas o problema dos efeitos jurídicos da inconstitucionalidade não se reconduz às criações doutrinárias ou jurisprudenciais:

“Os tribunais não têm competência constitucional (e legal) para recortar livremente os efeitos do vício jurídico dos atos normativos inconstitucionais. O regime jurídico dos efeitos de inconstitucionalidade tem de ser, pois, um regime jurídico constitucionalmente posto”.

Francisco Campos, discorrendo sobre a teoria das nulidades, assinala¹¹⁹:

“(...) as nulidades são de direito civil quando de direito civil se trata, eis que, porém, versam elas sobre direito processual ou sobre direito

¹¹⁷ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhart. Acto Administrativo. Editora Polis, volume I, Coimbra, 1978. p. 105.

¹¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 945.

¹¹⁹ CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 48-50.

constitucional, deixam de ser de direito civil para serem de direito processual ou de direito constitucional. Não se conceberia, por um momento sequer, que as nulidades de direito constitucional fossem de direito civil, particularmente em se tratando de um caso único na sua espécie, tal seja a nulidade ou, antes, a nulidade ou inexistência dos atos ou leis contrários à Constituição. Tal inexistência ou nulidade (...) decorre, imediata e necessariamente, do conceito de inconstitucionalidade, o qual implica as mesmas conseqüências da nulidade de pleno direito (...): um ato ou uma lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.

(...) Um ato do poder legislativo em contravenção a uma cláusula constitucional não é, com efeito, uma lei. Quando concorrem em um determinado caso uma lei inconstitucional e a constituição, não tem o poder judiciário que indagar qual a superior para saber a que deve aplicar, se a suposta lei, se a constituição. A operação do juiz se resume a examinar se o ato que tem aparência de lei é, de fato, uma lei. Se o ato em questão viola alguma cláusula constitucional, o poder judiciário deixa de aplicá-lo à espécie, não porque exista uma lei superior à argüida de inconstitucional, mas porque esta, embora revestida de aparência de lei, não o é, em substância, e como tal não pode ser aplicada. O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse (...). Não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que não é, entre a realidade e a aparência, entre o que existe e o que não existe”.

Alfredo Buzaid¹²⁰ adverte que, apesar do brilho com que tão eminentes mestres procuraram atribuir caráter constitutivo à decisão que decreta a inconstitucionalidade, a nós nos parece que os seus ensinamentos não podem ser aplicados ao direito brasileiro, construído segundo condições peculiares à tradição americana, inteiramente diversa da linha de evolução do pensamento europeu. Pontifica, a seguir, ser entendimento brasileiro, em consonância com a doutrina norte-americana:

“(...) que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula, não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ‘ab initio’. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.

O que se afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira, é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo. Se toda a doutrina da

¹²⁰ BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 128-131.

inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição. (...) Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei se suspende, necessariamente, a eficácia da Constituição. Ou em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição”.

Elucidativo é o exemplo lançado pelo Ministro Paulo Brossard¹²¹:

“A Corte verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou o que era. Também a natureza judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é ex tunc”.

3.4.5 – O dogma da supremacia das normas constitucionais: a jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal.

Conquanto também seja possível encontrar posicionamentos divergentes entre constitucionalistas, como exemplificativamente demonstrado, o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. Entre nós, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²² pontificou a prevalência do dogma provindo do direito constitucional norte-americano, de que a lei inconstitucional é vã, írrita e nenhuma, de modo que os efeitos da declaração retroagem ao seu nascedouro. Está expresso que, em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e assim deve ser

¹²¹ PINTO, Paulo Brossard de Souza. Ministro do Supremo Tribunal Federal, voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 169/780.

¹²² ADI nº 652-MA, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 2.4.93; Representação nº 1.080-5/SP, relator Ministro Soares Muñoz, DJ de 5.3.82; Representação nº 971/RJ, relator Ministro Djaci Falcão, DJ de 3.11.77; RE nº 93.356-5/MT, relator Ministro Leitão de Abreu, DJ de 24.3.81; RE nº 49.735, relator Ministro Pedro Chaves, in RTJ 37/165; ADI 1.102/DF, relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 17.11.95.

reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou e diante de qualquer estado de fato. Acentuou-se, de forma imperativa até, que lei declarada inconstitucional não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Desse modo, a decisão tomada pelo tribunal competente, no sentido de ser a lei inconstitucional, tem por efeito tornar essa lei nula e nenhuma; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado nulo desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que, judicialmente, é assim declarado inconstitucional.

Desde a instituição pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, sucedendo o antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, o Supremo Tribunal Federal foi investido de competência constitucional. Como órgão de cúpula do Poder Judiciário, com jurisdição sobre todo o território nacional, foi-lhe cometida a guarda da Constituição e a competência para julgar definitivamente as arguições de inconstitucionalidade. Agindo nos limites que lhe foram impostos pela Constituição, não incorre em ingerência indevida na competência de outros Poderes. Como órgão ao qual compete a prestação jurisdicional constitucional em definitivo, não atua como se estivesse a exercer uma função. Função é faculdade. Exerce o Poder, delegação direta da soberania¹²³. Assim, o Supremo Tribunal Federal faz valer a eficácia e a autoridade das normas constitucionais, quer na atuação no controle difuso/incidental de constitucionalidade ou na via da ação direta.

É de Rui Barbosa¹²⁴ a afirmação de que a Constituição é ato da nação em atitude soberana de constituir a si mesma. A lei é ato do legislador em atitude secundária de executar a Constituição. A Constituição demarca as atribuições e competências dos poderes constituídos. O alcance da lei encontra limite no poder confinado pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. A lei, criatura do legislador, poder constituído na Constituição. A Constituição é o instrumento do mandato outorgado. A legislação é editada em decorrência do exercício do mandato constitucional

¹²³ DÓRIA, Antonio Sampaio. Direito Constitucional, São Paulo, Editora Max Limonad, vol. I, tomo I, 1958, p. 272.

¹²⁴ BARBOSA, Rui. Conflito de Jurisdição, n. 481. Revista do Supremo Tribunal Federal, n. XXIX, Junho, 1921, p. 205-206.

por um dos poderes instituídos na Constituição. Logo, em contravindo à Constituição, o ato legislativo não é lei; porque, transpondo a Constituição, o legislador exorbita do seu mandato, destrói a origem do seu poder, falseia a delegação da sua autoridade. E então arremata:

“[...] Quebrantando normas constitucionais, as Câmaras legislativas procedem voluntária e livremente. Poderiam observar a Constituição; mas antes quiseram não a observar. É um ato de arbítrio culposo, que, em Governos livres e organizados, não poderia deixar de ter seu corretivo, sob pena anarquia. Mas, quando um magistrado tem de optar entre a Constituição e uma lei contraveniente a ela, não lhe resta liberdade nenhuma, senão de praticar formal denegação da justiça, abstendo-se de julgar, ou eleger entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade. Isto é: ou inclinar-se à soberania indiscutível da Constituição, cumprindo-a, ou à lei contraventora daquela, contravindo, com essa lei, à Constituição”.

Assim, a Constituição é a lei suprema. A dignidade de seus preceitos prevalece à da legislatura. Só a autoridade que a fez poderá mudá-la. O Poder Legislativo é criatura da Constituição e deve à Constituição o existir. Recebe os poderes da Constituição e, pois, se os seus atos não se conformam com ela, são nulos¹²⁵.

Ainda nessa passagem é de Rui Barbosa a observação de que as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, *“na limitação estrita da autoridade da legislatura e da autoridade da administração às suas fronteiras escritas, na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o indivíduo com o círculo de sua cinta acastelada de formas solenes e de tribunais tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violência ao direito constitucional, desça ela de que alturas descer”.*

A norma constitucional, na advertência de Konrad Hesse¹²⁶, não tem existência autônoma em face da realidade. A essência reside na vigência, na situação que regula e que pretende ver concretizada na realidade. A eficácia da Constituição, no entanto,

¹²⁵ BARBOSA, Rui. Obras Completas – Trabalhos Jurídicos, volume XX, Tomo V, 1893, p. 47.

¹²⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 14-20.

não pode ser separada das condições históricas em que realizada – sejam elas naturais, técnicas, econômicas e sociais -, porque a texto constitucional não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser. Assim sendo, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas, mas não podem ser definitivamente separadas ou confundidas.

E prossegue o referido autor afirmando que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida, dela irradiando força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral, não só a vontade do poder, mas também a “vontade de Constituição”. Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, visto que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Ao final, conclui:

“A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. [...] Daí resultam [...] os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”.

Conectados, pois, à realidade histórica, na aferição e interpretação dos preceitos da Constituição não é possível ignorar o desenvolvimento social, político e econômico, sob pena de privá-la da força normativa. A força vital e operativa que possui se baseia na capacidade de comungar com as tendências vivas do tempo, de modo a realizar-se concretamente. A Constituição, como toda ordem jurídica, precisa de atualização por meio da atividade humana. A concretização e a realização do conteúdo de uma norma

constitucional somente são possíveis pela incorporação das circunstâncias da realidade que essa norma é chamada a regular.

É o apontamento de J.J. Gomes Canotilho¹²⁷, para quem:

“O princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais possibilitem a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

Em nosso sistema, ao Poder Judiciário foi outorgada a competência para interpretar as normas constitucionais. Assim, pela via da interpretação, considerado o seu conteúdo e a realização social, política e econômica, o Poder Judiciário atualiza o conteúdo normativo do texto, compatibilizando-o com a realidade e, sem abandonar o aspecto histórico, afirma a eficácia da Constituição. O Poder Judiciário, ao enfrentar o problema da constitucionalidade, sem considerar a sabedoria, a conveniência, a utilidade ou a oportunidade da lei, apenas investiga a legitimidade do ato legislativo ou normativo e a compatibilidade desses com o Texto Constitucional. Assim age, não por vontade ou autoridade próprias. Age no exercício do Poder que lhe foi conferido pela Constituição. O juiz não busca cumprir desejo pessoal, mas o querer da Constituição, que é a vontade do povo. O Poder Judiciário constitui-se, assim, administrador da vontade comum. E declarando nulo o ato da legislatura, não assume superintendência alguma sobre o outro Poder. Somente está a reconhecer que o ato é proibido pela Constituição. A Constituição senhoreia a lei¹²⁸. Esse poder decorre da supremacia da Constituição e da força normativa das disposições nela inseridas. Willoughby, in *The Constitutional Law of the U. States*¹²⁹, 1910, vol. I, p. 1, diz com razão, *verbis*:

¹²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Editora Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 6ª edição, 2002, p. 1099.

¹²⁸ Barbosa, Rui. *Obras Completas – Trabalhos Jurídicos*. Vol. XX, Tomo V. Publicado pelo Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1958, p. 77.

¹²⁹ Ob. cit., apud *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, Rui Barbosa, v. IV, editora Livraria Acadêmica, São Paulo, 1933, p. 275.

“[...] O órgão ou corpo supremo, a quem toca o poder final de interpretar a Constituição, tem necessariamente o poder de imprimir à Constituição o sentido que houver por bom. Sob este aspecto, pois, ele se torna superior aos outros órgãos do Governo”.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, concebido à luz do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, é exercido por todos os integrantes do Poder Judiciário. Os demais Poderes da República têm competência para fiscalizar a adequação de projetos de lei e atos normativos de modo preventivo e no *iter* de justificação da edição desses. A Constituição não outorga ao Poder Executivo e ao Legislativo a competência para editar atos que lhe sejam contrários. Há presunção de que os Poderes tenham atuado em conformidade com o Texto Constitucional. No entanto, ultrapassado o momento da elaboração, da sanção ou da promulgação da lei ou de atos normativos, não lhes cabe mais aferir a constitucionalidade de seus atos e anulá-los. Se porventura o Poder Legislativo ou Executivo vier a entender que ditos atos são contrários ao ordenamento constitucional, só lhes resta editar o ato revogatório. Por expressa disposição constitucional, a competência para a declaração de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos é conferida ao Poder Judiciário.

Raul Machado Horta adverte¹³⁰ que não basta o simples reconhecimento teórico da supremacia constitucional. É preciso reconhecer as conseqüências que defluem da rigidez constitucional: permanência jurídica da Constituição e superioridade jurídica das leis constitucionais sobre as ordinárias. A Constituição, costumeira ou escrita, rígida ou flexível, retira de seu próprio conteúdo determinada supremacia, pois os princípios nela inscritos despertam e encontram acatamento e respeito, que tanto maior será quanto mais arraigados forem na consciência jurídica, na cultura e nas convicções de um povo. Uma das conseqüências da rigidez é a de reforçar, elevando ao máximo, a idéia de supremacia constitucional. Ao conteúdo jurídico das Constituições escritas, a rigidez acrescenta conteúdo político. Assim concebido, o texto constitucional passa a ser a fonte e a referência obrigatórias do ordenamento jurídico, impondo a hierarquização das normas em duplo grau:

¹³⁰ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Editora Del Rey, 2ª edição, Revista, Atualizada e Ampliada, Belo Horizonte, 1999, p. 124-125.

no topo, as leis constitucionais; em escala descendente, as leis ordinárias. Assim, “a lei ordinária, que fere lei constitucional, se torna lei inconstitucional, nula, inexistente ou ineficaz, seja erga omnes, ou com limitação ao caso sub judice, conforme o sistema adotado”.

Corroborando esse entendimento a assertiva de Pimenta Bueno, que recomenda a observância “religiosa” às leis constitucionais:

*“De todas as leis as que demandam maior inspeção, por isso mesmo que demandam o mais alto respeito, são as leis constitucionais; sua observância deve ser religiosa, pois que são o fundamento de todas as outras e da nossa existência e sociedade política”.*¹³¹

É preciso ter presente, ainda, a observação de Rui Barbosa¹³², quando afirma que os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa, não os revogam: desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do executivo: mas a cada indivíduo por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção, que demanda a manutenção de um direito ameaçado ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa com esse fim do meio judicial, os magistrados, em homenagem à Constituição, violada pelo Parlamento ou pelo Executivo, têm a obrigação de ouvir e de deferir.

A essência do controle de constitucionalidade está radicada na faculdade de o Poder Judiciário não dar aplicação às leis que vulnerarem os princípios constitucionais. O negar-lhes aplicação não as retira do mundo jurídico. As leis permanecem no contexto legislativo, ainda que estejam em desarmonia com a ordem constitucional. Assim, a consequência da declaração de inconstitucionalidade é a ineficácia do ato legislativo, em face da recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos que lhe são submetidos. Conforme advertiu Rui Barbosa no excerto antes transcrito, os tribunais não revogam atos do

¹³¹ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro, Editora J. Villeneuve e Cia, 1857, p. 105-106.

¹³² BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo - Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro, edição Casa de Rui Barbosa, 1962.

Congresso, conquanto estejam autorizados a reconhecer a nulidade de uma lei em relação a um caso concreto.

Decorre dessa assertiva a certeza de que a declaração de inconstitucionalidade da lei implica nulidade do ato normativo, e não revogação – fenômeno que está vinculado à vigência. A revogação de lei se dá por ato editado pelo mesmo poder ou autoridade que a editou, devendo esse ato observar a mesma forma adotada na edição da norma objeto: lei revoga lei; decreto revoga decreto. É princípio geral de direito que um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma¹³³. O ato de revogação - que tem eficácia a partir da edição – estabelece o término da vigência da norma. Uma e outra têm a explicação dos efeitos no plano da existência, da validade e da eficácia. A declaração de inconstitucionalidade está relacionada à validade da norma, à conformidade da lei com as normativas superiores do sistema que regulam sua produção, sob pena sofrer a sanção de nulidade – a inconstitucionalidade.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal não retira do mundo jurídico a lei em relação à qual foi imputado o vício. O Poder Judiciário não revoga a lei, mas apenas declara a incompatibilidade com o ordenamento constitucional, negando-lhe aplicabilidade. O texto legal permanece no plano da existência. A lei, no entanto, encontra-se ferida no plano da eficácia e da validade.

Por isso afirmou o Ministro Firmino Paz¹³⁴ que o Supremo Tribunal, declarando a inconstitucionalidade da lei, proclama, lógica e implicitamente, a um tempo, que essa lei é nula, não incide e, jamais incidiu, porque a inconstitucionalidade nasce, exatamente, no instante que a lei é publicada ou completada a tramitação. No mundo fático, o ato existe. Não existe, porém, juridicamente, *“porque a jurisdicização dos fatos resulta da incidência, e incidibilidade a lei nula não possui. É, a incidibilidade, a única eficácia da lei. Não há outra”*.

¹³³ PONTES DE MIRANDA e MIGUEL REALE, apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional, 18ª edição, Editora Saraiva, p. 184.

¹³⁴ Reclamação nº 136, de 26.05.1982, publicado na Lex, Jurisprudência do STF, nº 48, p. 50-61.

A proeminência normativa da Constituição não tolera eventual constituição legal paralela, formada por um concentrado de leis que cria estrutura de sinal que não lhe seja conforme. A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo¹³⁵. Importa considerar que *“a lei ordinária que fere lei constitucional, se torna lei inconstitucional, nula, inexistente ou ineficaz”*.¹³⁶ E a declaração de inconstitucionalidade da lei imprime no referido diploma o signo da ineficácia, o que vale dizer, a existência de ato inoperante, como se nunca tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. A lei inconstitucional é inexecutável¹³⁷.

Na Constituição de 1891, na de 1946 e nos textos constitucionais sucessivos até a Constituição de 1988, não se põe dúvida quanto à competência do Poder Judiciário para dizer o direito, nem quanto à preeminência da decisão judicial. Quando o Supremo Tribunal assenta a inconstitucionalidade de texto legal, não há como admitir a revisão do aresto por um órgão político¹³⁸. O controle de constitucionalidade visa à verificação da harmonia entre a lei e a Constituição.

Sob esse prisma, tem-se que a lei declarada inconstitucional constitui um corpo estranho dentro do organismo jurídico-político, que precisa ser extirpado. Não se há de permitir o convívio em condomínio jurídico-político de normas constitucionais e aplicação e invocação de normas inconstitucionais, sob pena de denegar a eficácia da Constituição, cuja força normativa repele as leis e os atos contrários aos seus preceitos. Mas uma vez vem a lume observações de Rui Barbosa¹³⁹:

“As bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todos os poderes (...). A Constituição é a lei suprema, sua dignidade prevalece à da legislatura; só a autoridade de quem a fez

¹³⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes. Fundamentos da Constituição, Editora Coimbra, Coimbra/Portugal, 1991, p. 45.

¹³⁶ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999, p. 125.

¹³⁷ Recurso Extraordinário nº 79.343, voto proferido pelo Ministro Leitão de Abreu, acórdão publicado no Diário da Justiça do dia 02 de setembro de 1977.

¹³⁸ Reclamação nº 691-SP, Pleno do Supremo Tribunal Federal, voto proferido pelo Ministro Padro Kelly, RTJ 28/68-69.

¹³⁹ BARBOSA, Rui. A Constituição e os atos inconstitucionais. Rio de Janeiro, Atlântida, 1893, p. 17.

poderá mudá-la; o Poder Legislativo é criatura da Constituição; deve à Constituição o existir; recebe os seus poderes da Constituição; e, pois, se os atos dele não se conformam com ela, são nulos”.

E outra vez:

*“Permitir a aplicação de uma lei inconstitucional o mesmo é que autorizar reformas operadas pelos meios comuns de legislar, sancionar um contraprincípio, destruir por negligência e timidez o que resolutamente se estabeleceu com pleno conhecimento de causa”.*¹⁴⁰

A Constituição quer ver-se preservada, razão pela qual conferiu a um Poder, que não participa de processo legislativo, a competência para o exercício da fiscalização constitucional. George Toker proclamou, na *Cyclopaedia of Law and Procedure*, volume VIII, p. 804¹⁴¹, em seus estudos a respeito dos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade:

“(…) A interpretação dada a uma lei ou à uma disposição constitucional, por um tribunal de última instância, obriga a todos os ramos do governo, incluído o legislativo”.

Importa ter a compreensão de que a Constituição é a vontade direta do povo. A lei, a vontade dos representantes do povo. No exercício do controle da constitucionalidade, os juízes são apenas administradores da vontade comum e ao declararem a nulidade do ato da legislatura, não assumem superintendência alguma sobre o poder legislativo: apenas reconhecem que o ato é proibido pela Constituição, e que a vontade popular, nela expressa, prefere à de seus representantes, exprimida nas leis. Querer que os tribunais de justiça obedecessem às imposições de um ato legislativo, quando este se lhes patenteia violador da Constituição, importa o mesmo que julgar a Constituição inferior às leis¹⁴². Não se há de permitir a reforma do Texto Constitucional através da óptica do

¹⁴⁰ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XX, Tomo V, 1893, edição Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1958, p. 88.

¹⁴¹ Apud Rui Barbosa, in *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, IV Volume, Editores Acadêmica e Saraiva & Cia, São Paulo, p. 285-6.

¹⁴² COOLEY, Thomas. *Constitutional Limitations*, Boston, 1883, p. 644, apud in “Obras Completas de Rui Barbosa – Trabalhos Jurídicos”, vol. XX, tomo V, 1893, p. 77.

legislador, que estaria a impor submissão da Constituição formal à realidade constitucional que entende devesse prevalecer. A respeito, Celso Agrícola Barbi observa¹⁴³:

“(...) [R]azões jurídicas e políticas foram, e são, invocadas para impedir o controle da constitucionalidade da lei. Argumenta-se com a separação e independência dos Poderes, o que impediria que um julgasse os atos da competência de outro, ou os anulasse. Argumenta-se também com a soberania do Parlamento, que é o representante do povo, intérprete da vontade nacional, que é o mais alto poder. Como o órgão controlador da constitucionalidade não procede do voto popular, admitir-se o controle seria submeter a vontade popular, entidade soberana, a um órgão politicamente inferior àquela.

Todavia, não se pode negar que os argumentos favoráveis ao controle da constitucionalidade das leis são irrespondíveis, apesar de sua simplicidade: se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir a validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizéssemos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do procedimento estabelecido para isso, e negando a supremacia constitucional”.

A decisão do Supremo Tribunal no sentido da inconstitucionalidade de lei é declaratória e se esgota em si mesma. A coisa julgada, que serve de título executivo, tem relação com as pretensões deduzidas pelas partes, quanto ao bem da vida pretendido, não quanto à declaração de inconstitucionalidade em si mesma¹⁴⁴. A declaração de inconstitucionalidade poderá constituir-se causa de pedir mediata, mas não o pedido imediato. Como afirmado com base em excertos doutrinários linhas transladas, as sentenças declaratórias não comportam execução, mas serviriam de fundamento para as ações de natureza constitutiva ou constitutiva-condenatória.

A declaração de inconstitucionalidade tem eficácia e efetividade por si mesma, por estar contida na própria declaração a força institucional do Estado. E assim é desde a edição do Decreto 510/1890, quando foi conferida ao Supremo Tribunal a natureza

¹⁴³ BARBI, Celso Agrícola. Ação Declaratória, principal e incidental. Editora Forense, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1987, p. 176.

¹⁴⁴ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. O Controle de Constitucionalidade e o Senado. Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p 126.

dúplice, de órgão de cúpula do Poder Judiciário e de garantidor da supremacia da Constituição Federal.

Conforme Michel Temer¹⁴⁵, no controle de constitucionalidade se tem presente a eficácia das normas constitucionais, cuja força cogente ressoa como veto à aplicação de toda e qualquer legislação que com elas seja incompatível. A jurisdição constitucional é exercida pelo Poder Judiciário como um todo e, na via direta, pelo Supremo Tribunal, ao qual também, em última instância, foi outorgada a competência para proferir a declaração de inconstitucionalidade. Não se tem a elaboração de ato constitutivo de inconstitucionalidade. Há tão-só a declaração de inconstitucionalidade, que tem como pressuposto algo surgido antes dessa manifestação: no momento da edição da lei. A eficácia e a força normativa da Constituição repelem tenazmente a edição de leis que lhe sejam contrárias, imprimindo-lhes a nota da desvalia no mundo jurídico.

A paz social e a segurança jurídica possíveis residem na observância estrita aos termos da Constituição. A autenticidade da vida constitucional repousa nos limites do texto escrito e na filosofia do regime que inspira a seriedade política dos que ocupam cargos políticos¹⁴⁶. No provimento declaratório de inconstitucionalidade revela-se a ineficácia da lei ou do ato normativo, pois contrários à Constituição. As decisões do Supremo Tribunal são atos de soberania e têm força normativa à qual é devida submissão. Embora possa transparecer a Suprema Corte como que dotada de supremacia sobre os demais Poderes, há tão-só limitação específica de atribuições – o que de resto também ocorre em relação a outros Poderes, visto que todos os entes estatais sujeitam-se à vontade constitucional. O Supremo Tribunal exerce sua competência nos limites estabelecidos pela Constituição e, por expressa determinação constitucional, lhe coube fiscalizar a atuação dos demais órgãos da República. O Supremo Tribunal diz o que é a Constituição, nos específicos e exatos limites da competência que o Diploma Fundamental lhe defere.

¹⁴⁵ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, Editora Malheiros, 18ª edição, revista e ampliada, São Paulo, 2002, p. 40-41.

¹⁴⁶ Reclamação nº 691-SP, julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Carlos Medeiros Silva, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 38, p. 78.

Considera-se, por tudo, a natureza exclusivamente declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade. Como observou o Ministro Firmino Paz no julgamento da Reclamação nº 136-9/60¹⁴⁷, declarando a inconstitucionalidade da lei, o Supremo Tribunal proclama que essa lei é nula, não vige, não incide e, jamais incidiu, porque a inconstitucionalidade nasce, exatamente, no instante que a lei é publicada ou completada a sua tramitação: é nula, incapaz de incidir, não vige, não jurisdiciza fato nenhum, nela visto ou previsto. No mundo fáctico, o ato existe. Não existe, porém, juridicamente, porque a juridicização dos fatos resulta da incidência, e incidibilidade lei nula não possui. Sob essa óptica, conclui-se que a decisão definitiva da declaração de inconstitucionalidade tem em si, por força da outorga legitimamente conferida ao Supremo Tribunal Federal, a eficácia de sanear a ordem jurídica constitucional ferida, sem perquirir sobre questões de direito e de justiça.

Esta é também a afirmação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 89.108, publicado no Diário da Justiça do dia 19 de dezembro de 1980: a natureza jurídica da decisão proferida em controle de constitucionalidade é meramente declaratória. Assim, havendo dúvida que se possa transformar em litígio, ou surgindo a dúvida em litígio instaurado relativamente à existência ou inexistência de uma relação jurídica válida, só uma decisão judicial dará a certeza a respeito do fato e a segurança de que a questão não será mais discutida, porque ao Poder Judiciário foi constitucionalmente outorgada a competência para dirimir os litígios. O julgado não pode ser a definição de uma questão, mas deve consistir no reconhecimento ou no desconhecimento de um bem¹⁴⁸.

O controle de constitucionalidade das leis e de atos normativos visa garantir a permanência da ordem e da segurança jurídica. Afirma-se o primado do princípio da igualdade de todos na aplicação da lei. Não é compreensível que, submetidos ao mesmo ordenamento constitucional, alguns tenham a favor a incidência cogente da força normativa

¹⁴⁷ Reclamação nº 136-9/60, julgada em 26.05.1982, publicada na Lex, Jurisprudência do STF, nº 48, p. 50-61.

¹⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 69.

da Constituição, enquanto outros se encontram compelidos aos ditames de lei sabidamente declarada inconstitucional. É matéria de ordem pública, portanto. Oportuna se apresenta, então, a advertência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.020, publicada no Diário da Justiça do dia 12.04.2002:

“[A] invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas – representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser necessariamente, uma relação de respeito.

(...) O Supremo Tribunal Federal – que é guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”.

Aliomar Baleeiro diz que *a Constituição não destrói a si mesma, logo não transige com interpretação que a aniquile*¹⁴⁹. Estabelecer distingue quanto à força normativa da Constituição e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal, é transigir com interpretação de dispositivos da Constituição. É permitir a prevalência no ordenamento jurídico de norma sabida e declaradamente incompatível com o Texto Constitucional. Significa imprimir no consciente coletivo o

¹⁴⁹ BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. Editora Forense, 2ª edição, vol. I, Rio de Janeiro, p. 355.

temor de que a Constituição não detém em si força cogente para expurgar e repelir legislação ordinária que lhe seja contrária.

Em Estados nos quais se adota o dogma da supremacia das normas constitucionais é preciso compreender que a Constituição contém disposições pertinentes ao estabelecimento do estado democrático de direito, mas, no que atinge à sua preservação, à força e à eficácia de suas disposições, o Texto Constitucional não é democrático: ou o ordenamento infraconstitucional é harmônico com os preceitos da Constituição ou não é por ela recebido e, conseqüentemente, está revogado; se se cuida de lei editada posteriormente à promulgação da ordem constitucional, é declarada a inconstitucionalidade do referido diploma legal.

Por isso, *“permitir a aplicação de uma lei inconstitucional o mesmo é que autorizar reformas operadas pelos meios comuns de legislar, sancionar um contraprincípio, destruir por negligência e timidez o que resolutamente se estabeleceu com pleno conhecimento de causa”*.¹⁵⁰ Daí a observação de Cooley Story¹⁵¹: às decisões do Poder Judiciário os outros dois poderes são subordinados, por elas constituírem *“a lei nacional”*, expressão da *“soberania constitucional”*. A força normativa da interpretação da norma constitucional recai em todos e quaisquer atos¹⁵². Não se pode olvidar que *“a norma que proporciona a unidade do sistema normativo é a Constituição, considerada, desta forma, como fundamento de validade de um determinado ordenamento jurídico. Esta superioridade constitucional é a mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo, já que obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição”*¹⁵³.

É o contexto do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Acatou-se o modelo de constituição escrita e rígida, imprimindo-se na consciência

¹⁵⁰ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa – Trabalhos Jurídicos, vol. XX, Tomo V, Editora Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1958, p. 88.

¹⁵¹ Autor citado. Commentaries, vol. I, p. 276 e 426. Apud Rui Barbosa, ob. cit., p. 196 e 213.

¹⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional. Collecção de Cultura Social, vol. I, Empresa de Publicações Technicas, Rio de Janeiro, 1932, p. 399.

¹⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 1999, p. 42.

do povo a certeza de serem as normas constitucionais o ápice de todo o sistema jurídico e político. Há a supremacia das normas constitucionais. Contudo, transitando pelo sistema do controle de normas, seja objetivo ou subjetivo, percebe-se o ensaio para se enveredar pela trilha da admissão do condomínio de legislação declarada inconstitucional e normas constitucionais. E o faz tendo em conta realidades sociais e políticas e razões de Estado. Olvida-se da lição Duguit¹⁵⁴, para quem:

“(...) a regra de direito normativo ou norma jurídica propriamente dita é a regra que impõe a todos os homens que vivem em sociedade uma certa abstenção ou uma certa ação. Ela comanda ou proíbe (...). A norma jurídica é imperativa exclusivamente no sentido de que ela é o estatuto social que vincula necessariamente todos os indivíduos membros do grupo. Ela é a própria condição de manutenção da vida social”.

Conquanto a evolução das relações fáticas possa dar ensejo a novas compreensões do Texto da Constituição, tem-se que a mutação normativa e a interpretação encontram limite no sentido da proposição jurídica expressa no texto. Se essa não corresponde à realidade, a via adequada que se apresenta é a da revisão constitucional. A supressão da tensão entre a norma haurida do texto e a realidade não encontra arrimo em uma prática que constitua aparente antinomia na Constituição. Não se há de esquecer que a *“força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado”*.¹⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, não pode se demitir do cumprimento da atribuição que lhe foi constitucionalmente outorgada, tomando como parâmetro juízo de valores no momento em que atua em defesa da Constituição, ante a possibilidade de fazer sucumbir a Constituição jurídica em proveito de suposta e momentânea realidade social. Como adverte Story – e isto não pode ser colocado em dúvida –, *“as leis, que legislamos, interessam à nação inteira e às gerações nascituras”*.¹⁵⁶

¹⁵⁴ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Tomo I, Paris, Fointemoing & Cie Éditeurs, 1911, apud Eros Roberto Grau no livro “O Direito Posto e o Direito Pressuposto”, 5ª edição, revista e ampliada, Editora Malheiros, 2002, p. 75.

¹⁵⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 1991, p. 22-23.

¹⁵⁶ COOLEY, Thomas. *Commentaries*, vol. II, p. 426, apud Obras Completas de Rui Barbosa, ob. cit., p. 213.

Observou Gilmar Ferreira Mendes¹⁵⁷ que o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro e a teoria, fundada na doutrina americana, tem sido sustentada por praticamente todos constitucionalistas nacionais, que assumiram posição em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Voz dissonante no Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸, em momento anterior à promulgação da Constituição brasileira de 1988, fez ressoar o sistema austríaco de controle de constitucionalidade. Prevaleceu, contudo, o entendimento relacionado à nulidade *ipso iure*, como se infere do precedente jurisprudencial¹⁵⁹:

“(...) Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como os indivíduos estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular essa conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional”.

O referido constitucionalista¹⁶⁰ admite ser imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal, em que reconhecida hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição, mas ressalta que *“essa orientação não obsta que se admita o desenvolvimento de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade, tanto com fundamento na necessidade de uma nova forma de censura para atender os casos especiais (v.g., omissão*

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 257.

¹⁵⁸ Ministro Leitão de Abreu, voto vencido no Recurso Extraordinário nº 79.343, cujo acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 82/792.

¹⁵⁹ Ministro Moreira Alves, Representação de Inconstitucionalidade nº 980, acórdão publicado na *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 96, p. 496-508. Ministro Oscar Correa, publicado na *Revista de Direito Administrativo* nº 160, p. 80 e seguintes.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 264-265.

inconstitucional), quanto com base em um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica”.

A assertiva apresenta-se amparada em precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte Americana, expedidos após o período da “Grande Depressão”, e no Direito Comparado, tendo por escopo realçar a necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro. Argumenta, então¹⁶¹:

“(…) ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (...) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”.

3.4.6 – A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Uma pseudo mutação constitucional.

A declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados, fórmula constitucional adotada em Portugal – Constituição da República portuguesa, artigo 282, § 4º - fez-se presente em julgados do Supremo Tribunal Federal. Nos precedentes, tem sido verberada a necessidade de se dar relevo à segurança jurídica, a proteção da confiança, valores constitucionais hierarquizados como subprincípios do princípio maior do Estado de Direito¹⁶². Diante deste contexto, poder-se-ia indagar a respeito do deferimento de poder à Corte para, em relação à natureza da declaração de inconstitucionalidade da lei, imprimir ao ato judicial o caráter ora declaratório, ora constitutivo, ora declaratório e constitutivo de

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 270-271.

¹⁶² Precedentes do Supremo Tribunal Federal: *Adi nº 2.240/BA*, publicado no DJ de 3.08.2007; *MS nº 22.357/DF*, publicado no DJ de 5.11.2004; *RE(Agr) nº 328.232/AM*, publicado no DJ de 2.09.2005; *RE nº 442.683/RJ*, publicado no DJ de 13.12.2005, exemplificativamente.

direito, bem assim a faculdade de mitigar o dogma da supremacia da Constituição - Lei oriunda da atividade legislativa dos representantes do povo, o soberano.

O processo de controle objetivo de constitucionalidade estaria sendo trasmutado em processo objetivo-subjetivo, por conter o julgado a dualidade de partes dispositivas: a declaratória de inconstitucionalidade e a norma expedida pelo Supremo para proteção do que concretizado em virtude da precedente aplicação da lei impugnada.

Tendo como fundamento razões de segurança jurídica, de excepcional interesse social e necessária proteção à confiança, o Supremo Tribunal Federal vem estabelecendo exceção à regra da declaração de nulidade, diferindo os efeitos do julgado para momento a partir da data da publicação da decisão (*ex nunc*) ou de outro instante que se lhe aprover fixar (*pro futuro*). Ao ato inconstitucional é conferido caráter de anulável ou de ainda válido. Afasta-se do modelo absoluto de nulidade, imprime-se o viés do conseqüencialismo no processo objetivo, bem como no subjetivo, por meio do qual foi submetida à Corte a controvérsia acerca da constitucionalidade da lei.

Põe-se em relevo a subsistência do dogma da supremacia da Constituição, da Constituição como lei fundamental e da força normativa das normas constitucionais. Exsurge-se, por isso, a necessidade de compreender se o dogma da nulidade especial admite conformação pelo legislador e se no modelo de limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade estaria sendo observado a caráter normativo e jurídico da Constituição, com a permanência dos valores que ela consagra por meio dos princípios, implícitos e explícitos, cuja guarda é atribuição precípua do Supremo Tribunal Federal. Desafiando o modelo de nulidade dos atos inconstitucionais e o conseqüente efeito retroativo da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal tem a si outorgado a competência para, de modo discricionário e tendo presente razões de segurança jurídica, de excepcional interesse social e da proteção da confiança – termos jurídicos indeterminados – imprimir o efeito/sanção de anulável à declaração de inconstitucionalidade, possibilitando o condomínio, ainda que temporário ou a prazo certo, de direito fundado em disposição legal eivada de vício insanável, considerando-se os

preceitos constitucionais que serviram de fundamentação à declaração de inconstitucionalidade, à declaração de ineficácia.

Dir-se-á que o Supremo Tribunal, ao proceder à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo remissão à segurança jurídica, ao excepcional interesse social e à proteção à boa-fé – princípio da confiança –, teria como escopo o resguardo do direito haurido pelo jurisdicionado em virtude da aplicação da lei declarada inconstitucional, presente o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos e normativos. Não há como negar que a Corte, na hipótese, estaria imitando-se na seara dos fatos e perscrutando o interesse – negativo ou positivo – daqueles supostamente envolvidos na aplicação da lei, relegando ao segundo plano o caráter abstrato do exame da constitucionalidade.

Não se há de desprezar que a declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo não pouca vez traz como consequência o estabelecimento de cisma entre o direito e a justiça. Isto decorre do fato de a eficácia do controle de constitucionalidade tangenciar direitos substantivados, pois a decisão judicial pode provocar, ou não, alterações efetivas no conjunto do ordenamento jurídico estatal¹⁶³, na realidade dos jurisdicionados.

Ao volver o olhar para o procedimento de controle de constitucionalidade – seja para o difuso ou o concentrado –, tem-se que o objeto da investigação constitucional judicial tem em mira a verificação da compatibilidade e da adequação do ato legislativo ou normativo com a Constituição Federal, no que se refere à forma, ao conteúdo e à realização. A edição desses sem a observância das normas constitucionais pertinentes constitui violação à ordem pública, gravíssima violação contra a ordem jurídica fundamental estabelecida pelo Poder Constituinte, o representante do povo-soberano.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Editora Coimbra, 2ª edição, 1983, p. 385.

E assim há de ser considerado, pois a ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si de acordo com o princípio de que o Direito regula a própria criação. Cada norma dessa ordem é criada de acordo com as estipulações de outra norma e, em última análise, da ordem jurídica – a norma fundamental que constitui a unidade do sistema normativo. A norma que regula a criação de outra norma é “aplicada” na criação de outra norma. A criação de Direito é sempre aplicação de direito. A criação de uma norma jurídica é uma aplicação da norma superior que regula a sua criação. Uma decisão judicial é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, é aplicada, mas, ao mesmo tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito. A legislação estabelece o direito, mas, levando-se em consideração a Constituição que a legitima, tem-se, por via de consequência, tão somente a aplicação de direito também previsto no texto constitucional.

Em todo ato de legislação em que as estipulações da Constituição são observadas, há aplicação da Constituição. A norma cuja criação não é determinada por outra norma não pode pertencer à ordem jurídica alguma. Para ser ato da ordem jurídica ou da comunidade por ela constituída, todo ato criador de Direito deve ser uma aplicação do Direito. A aplicação do Direito é uma consequência imediata do fato de que todo ato criador de Direito deve ser determinado pela ordem jurídica. Portanto, as autoridades públicas e os cidadãos em geral têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato legislativo e, se este se apresenta em desacordo com a Constituição, há de declará-lo nulo, não-obrigatório em consequência¹⁶⁴.

Sem extirpar o efeito *ex tunc*, característico da declaração de nulidade da lei ou do ato normativo, sem que adviesse modificação no sistema e na ordem jurídica que se apresenta espelhada na Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem a si outorgando a competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim

¹⁶⁴ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional, São Paulo, 2003, Editora Martins Fontes, p. 141.

procede tendo em conta razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nada se diz quanto à conseqüente minimização do efeito vinculante e *erga omnes* que decorrem da adoção do controle de constitucionalidade das leis e ato normativos.

Mesmo reafirmando o dogma da nulidade do ato declarado inconstitucional, o Supremo Tribunal tem se encaminhado no sentido do entendimento da flexibilização do efeito retroativo do provimento judicial, aplicando o princípio da proporcionalidade, o da ponderação e o da razoabilidade como ferramentas para a solução do aparente conflito entre a lei ou ato normativo e a Constituição: declara-se a inconstitucionalidade da lei e, sob o fundamento da segurança jurídica, do relevante interesse social e da necessidade de proteção à boa-fé, salvaguarda-se o ato realizado com base na lei declarada inconstitucional, dando-lhe o aspecto de jurídico, como se o atributo da juridicidade não fosse decorrente da regular observância da ordem jurídica constitucionalmente estabelecida.

Da mesclagem que se impõe no sistema de controle de constitucionalidade, ante a possibilidade de na parte dispositiva da decisão anotar-se o fundamento objetivo e subjetivo, evidencia-se o estabelecimento de confusão entre declaração abstrata de inconstitucionalidade de norma e a solução em concreto de direito subjetivo de eventuais destinatários da lei declarada inconstitucional. Há também a possível incompreensão entre fato jurídico e fato, entre efeito imediato da declaração de inconstitucionalidade e efeito mediato do provimento, pondo igualmente sob desprezo as cláusulas máximas de segurança jurídica expressamente prevista na Constituição, quais seja, a garantia do ato jurídico perfeito, a intangibilidade da coisa julgada e do direito adquirido, bem assim as cláusulas de preclusão previstas na legislação esparsa, editadas em consonância com a ordem constitucional.

Ao longo da vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal vem afirmando a tese de nulidade, assentando que o ato normativo inconstitucional equipara-se ao ato nulo e *“a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear*

em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”¹⁶⁵. Recorde-se, então, o que decidido pela Corte americana no caso *Stuart vs Laird*, quando o Justice William Petterson decidiu, sob a influência de Marshall, que o *Judiciary Act of 1789* padecia de inconstitucionalidade, “*porquanto o Congresso não tinha poderes para estabelecer atribuições para os integrantes da Suprema Corte, além daquelas previstas no Estatuto Básico. Portanto, a ampliação da competência da Corte Suprema resultava em atentado à Constituição*”.

Tendo em consideração o primado da Constituição e a força normativa dos dispositivos nela contidos, impõe-se indagar quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para proceder à limitação, ou à modulação, ou à manipulação dos efeitos próprios decorrentes da declaração de inconstitucionalidade dos atos legislativos e normativos.

¹⁶⁵ Ministro Celso de Mello, voto proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280-3/RJ, julgado em 12 de setembro de 2006.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 4º

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO DECLARATÓRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

4.1 – A competência outorgada ao Supremo Tribunal Federal

O principal traço distintivo da Constituição é a supremacia, o posicionamento hierárquico superior desta lei em relação às demais integrantes do sistema. As leis, os atos normativos e os atos jurídicos em geral não poderão juridicamente existir se se apresentam em desacordo com a norma constitucional. As leis anteriores à Constituição e nela não referidas como vigentes, têm aplicação admitida se o Poder Judiciário declará-las como recebidas pela nova ordem constitucional. O mesmo não sucede em relação àquelas editadas na ordem constitucional vigente, tendo em vista o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público. Desse modo, um ato legislativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando for evidente o vício e não for possível decidir a controvérsia constitucional com base em outro fundamento. Busca-se, assim, a unidade da Constituição: a ordem jurídica é um sistema uno, equilibrado e harmônico.

Nesse campo, para solucionar eventuais vicissitudes verificadas na lei, pois se apresentam dissociadas dos princípios, das regras e das normas hauridas do texto constitucional, o legislador constituinte, de modo expresso, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência, precípua, de guardião da Constituição, definindo, desde logo, o que a este órgão cabe processar e julgar, originariamente ou em grau de recurso ordinário ou extraordinário (Constituição Federal, artigo 102).

Levi Carneiro¹⁶⁶, em 1930, notara que:

“(...) nosso legislador constituinte, avisadamente, excedeu a Constituição americana, e mesmo a Argentina, em alguns pontos [...], para garantir a independência e a amplitude da ação do Tribunal, fixando-lhe o número de juizes, definindo-lhe taxativamente as atribuições, submetendo irrestrictamente a União Federal e os Estados aos seus julgamentos, incumbindo-lhe em termos expressos pronunciar a inconstitucionalidade das leis e dos actos governamentais, defeza da unidade do Direito Privado, a guarda da Constituição. (...) Dentre todos os ramos do Poder Judiciário, excusado é repetir que nenhum tem importância comparável à do Supremo Tribunal Federal: Elle é (...) a jóia das instituições republicanas. A mais bella criação dos constituintes de 1891. A mais alta garantia dos direitos dos cidadãos. E, dentre todos os nossos institutos, o que, na continuidade dos annos decorridos, melhor tem merecido a confiança pública, o que, em summa, melhor tem preenchido a sua grande missão constitucional e política”.

Então, ante o Poder Judiciário se põe à prova a regularidade dos atos legislativos. A respeito, acentuou o constitucionalista americano¹⁶⁷:

“Há um poder ante o qual se põe à prova a legalidade dos atos dos outros. Esse poder retraído, silencioso e invisível, enquanto se lhe não solicita regularmente a intervenção, é o Judiciário. Ele empunha a balança da justiça, não só entre cidadão e cidadão nas suas pendências particulares, mas também entre cada cidadão e cada autoridade, de onde possa emanar para ele um ato imperativo. Todas as leis estão sujeitas a passar, quanto à sua validade, pela interpretação desse poder. Todos os atos oficiais podem ser impugnados no seu foro. E, ao passo que a condenação, por ele proferida contra qualquer lei, decreto, regulamento ou ato administrativo, lhe imprime o selo da nulidade, as suas decisões não sofrem revisão, a não ser por ele mesmo, no seu mais elevado tribunal de recurso. Considera-se justamente o poder judicial como o baluarte das nossas liberdades civis, o guarda da constituição, o arbitrador dos limites da ação administrativa, o defensor da moralidade pública e o protetor supremo da nossa vida, propriedade, honra, dignidade cívica e igualdade perante a lei. Em todas as questões suscitadas por conflitos de jurisdição, em todas as que se referem as invasões de direitos civis, em todas as de ameaça à nossa vida, saúde, propriedade, ou reputação, compete ao judiciário, não só fixar qual seja a

¹⁶⁶ CARNEIRO, Levi. *Federalismo e Judiciarismo*, Editora Alba, Officinas Graphicas, Rio de Janeiro, 1930, p. 30 e 96.

¹⁶⁷ ORDRONAU, John. *Constitutional Legislation of the United States*, Philadelphia, 1891, p. 406-7, apud *Obras Completas de Rui Barbosa*, in *Amnistia Inversa*, p. 46-47.

lei, quando controversa, mas acomodá-las às alterações sucessivas do estado social, e sustar a ação dela, quando ofensiva da lei fundamental”.

A lição haurida pelo Brasil do sistema norte-americano é no sentido de que toda lei adversa à Constituição é absolutamente nula. A eiva de inconstitucionalidade a atinge *ab initio*. Nasceu morta. Não teve nenhum único momento de validade. Rui Barbosa escreveu que nos Estados Unidos, já durante o período colonial, a magistratura não hesitava em imprimir o estigma de nulidade aos decretos das assembleias locais, quando contrários às disposições constitucionais das cartas orgânicas outorgadas pela coroa, decidindo no mesmo sentido esses conflitos, no caráter de suprema instância colonial, o Conselho Privado. A Suprema Corte americana, no caso *Hayburn*, 1795, iniciou a afirmação da jurisprudência da nulidade das leis inconstitucionais, tendo o juiz Patterson enunciado: *“Dê-se o que se der noutros países, quanto a este não pode haver dúvida, que todo ato da legislatura, repugnante à Constituição, é absolutamente nulo”*¹⁶⁸. Também Alfredo Buzaid¹⁶⁹ teve presente essa premissa ao afirmar que *“se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição”*.

O princípio é que leis inconstitucionais não são leis. Assim o disse *John Bouvier*¹⁷⁰: *“toda lei inconstitucional é (...) ipso facto nula”*; *Cooley*¹⁷¹: *“(...) de fato, o ato contrário à constituição nada tem de lei. Quando os representantes do país excederem os limites postos à sua ação pela lei fundamental...a sua deliberação será como lei nula”*; *Baker*¹⁷²: *“quando os atos do congresso transgridem a constituição, é da competência dos tribunais declará-los nulos”*; *Ordronaux*¹⁷³: *“não é lei, manifestamente, o ato legislativo*

¹⁶⁸ BARBOSA, Rui. *Amnistia Inversa*, Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1896, p. 41.

¹⁶⁹ BUZOID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 131.

¹⁷⁰ BOUVIER, John. *Institutes of American Law*. New edition. Philadelphia, 1870, p. 26.

¹⁷¹ COOLEY, Thomas. *Blackstone, Commentaries of the Laws of England*, volume I, p. 49.

¹⁷² BAKER, A. J. – *Annotated Constitution of the United States*. Chicago, 1891, p. 172.

¹⁷³ ORDRONAUX, John. *Constitutional Legislation of the United States*, Philadelphia, 1891, p. 41-7.

que contravier à constituição; e, como aos tribunais cumpre executar só o que for lei, não lhes resta outra faculdade, senão declarar insubsistente esse ato da legislatura”.

Dessume-se, então, que a função da Suprema Corte não é de caráter administrativo, nem legislativo, mas tipicamente jurisdicional e jurisdição constitucional, porque o objeto da investigação é essencialmente quanto à existência de litígio constitucional, não tendo por escopo a busca de soluções jurídicas de direito privado ou de direito público. Em foco está a defesa da Constituição, da ordem jurídica estabelecida e a preservação da unidade jurídica. Como destacado por Cooley¹⁷⁴, se o Congresso fosse soberano – como pretendido pelos franceses revolucionários de 1793 -, os atos dele não teriam aquilatador:

“(...) estariam acima da constituição. Esta – a constituição - continuaria apenas a gozar de uma primazia teórica, desmentida praticamente pela onipotência das maiorias parlamentares: (...) os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de exorbitar do que os designados por acidentes do berço. (...) Esse filtro opera a eliminação das leis viciosas mediante a averbação da nulidade. A nulidade é, pois, nos atos da legislatura, como nos da administração, o corretivo da inconstitucionalidade”.

A Constituição de 1824, ao disciplinar a organização judiciária, dispôs que haveria nas províncias as Relações “*necessárias para commodidade dos povos*”, a fim de julgar as causas em segunda e última instância (artigo 158), e instalação de juizados de paz eletivos (artigo 162); impôs a prática, nos processos judiciais, da indispensabilidade da tentativa de reconciliação prévia (artigo 161). No artigo 163, dispôs que na capital do Império, além da Relação que deve existir, haveria também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, ao qual foi outorgada a competência para “*conceder ou negar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar; conhecer dos delictos e erros de officio que commeterem os seus ministros, os das relações, os empregados do corpo diplomático e os presidentes das províncias; conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das relações provinciaes*” (artigo 164).

¹⁷⁴ COOLEY, Thomas. A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the American Union, Boston, USA, 1883, p. 315, apud Obras Completas de Rui Barbosa, Amnistia Inversa, Rio de Janeiro, 1896, p. 51 e 52.

Levi Carneiro¹⁷⁵ anota que a criação do Supremo Tribunal de Justiça não fora cogitada pelos constituintes de então e os textos lançados na Constituição de 1824, no ponto, apenas repetiam palavras por palavras os artigos 130 e 131 da Constituição portuguesa.

A Constituição definira as hipóteses de competência do Supremo Tribunal de Justiça, mas, por não se considerar taxativa a enumeração constitucional, foi editada a lei de 22 de setembro de 1828, por meio da qual foi conferido ao Supremo conhecer “*dos recursos e mais objectos pertencentes ao officio do Chanceller-mor*”. Posteriormente, mediante a lei editada em 1831, também lhe foi atribuído o julgamento da antiguidade dos magistrados e, em 1851, o processo e julgamento dos bispos e arcebispos, “*nas causas não puramente espirituas*”. Assim, com a unidade do Direito substantivo e adjetivo, a unidade da magistratura, o Supremo era o novo vínculo de estreitamento e um regulador da unidade nacional. Evitavam-se, desse modo, os exageros da centralização, assegurando a expansão da jurisprudência, revigorando e renovando a interpretação das leis, prestigiando a magistratura, vencendo a ação constritora dos textos legais cada vez mais estreitos, repelindo a ação invasora e desordenada das resoluções ministeriais que ditavam a juízes e tribunais à interpretação da lei¹⁷⁶.

Em 1875, nos mesmos moldes do ato legislativo que conferiu força de lei aos assentos da Casa de Supplicação de Lisboa, outorgou-se ao Supremo Tribunal a competência para também estabelecer assentos, com idêntica força impositiva, acerca da “*intelligência das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occurrem dúvidas manifestas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada, ouvidas previamente as Relações e com obrigatoriedade provisória até derrogação pelo Legislativo*”.

¹⁷⁵ CARNEIRO, Levi. *Federalismo e Judicialismo*, Editora Alba, Officinas Graphicas, Rio de Janeiro, 1930, p. 227.

¹⁷⁶ CARNEIRO, Levi. *Federalismo e Judicialismo*, Editora Alba, Officinas Graphicas, Rio de Janeiro, 1930, p. 228-229.

Pimenta Bueno¹⁷⁷ anotou, por isso, ser conferido ao poder judicial o qualificativo de ser o único intérprete competente, o aplicador exclusivo da lei nas questões regidas pelo direito civil, penal e mesmo político, na parte em que a esse é deferido o *munus*. No desempenho da missão, que tem por fim proteger a liberdade, a fortuna e a vida dos cidadãos, assim como a ordem e a segurança social, a esse órgão era conferida a independência, mas também o dever de cumprir impreterivelmente a obrigação sagrada de não desviar-se jamais da lei.

Em complemento, o referido autor disse que se apresentava indispensável a descoberta de um meio e de criar uma autoridade que tivesse a alta missão, não de ser uma terceira instância, mas, sim, de exercer uma elevada vigilância, uma poderosa inspeção, e que defendesse a lei em tese, tudo isso sem se envolver na questão privada ou no que interessaria às partes, conquanto a decisão pudesse a elas aproveitar, ou não, por via de consequência. A missão direta e fundamental do Supremo Tribunal devia dirigir-se à *“recondução dos tribunais ao sagrado respeito à lei, à uniformidade da sua aplicação”*. Teve-se em mira o fato de, se às instâncias ordinárias da Justiça fosse deferida a última palavra sobre a questão constitucional ou de natureza federal envolvida no litígio, a supremacia da Constituição ficaria na dependência dos Estados, aos quais caberia, assim, decidir, de modo definitivo, a controvérsia de natureza constitucional¹⁷⁸.

É possível perceber que a finalidade e o objeto das disposições legais e normativas são a harmonia e a unidade jurídica, tendo presente a supremacia da ordem constitucional. Essa doutrina foi divisada, nos primórdios da República brasileira, no preâmbulo do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal, no

¹⁷⁷ BUENO, José Antonio Pimenta. Direito Público brasileiro e Análise da Constituição do Império, Editora 34 Ltda., São Paulo, 1857, obra republicada em 1978 pelo Senado Federal, co-edição com a Universidade de Brasília, p. 345-6.

¹⁷⁸ Recurso Extraordinário nº 71.492/SP, relator Ministro Aliomar Baleeiro, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de abril de 1975: “A Constituição Federal, ao estabelecer a uniformidade dos princípios acima, nos planos federal, estadual e municipal, emprestou-lhes caráter de direito federal. Se se pudesse conceituá-los como norma de direito local, a identidade fundamental do sistema jurídico de pessoal, que a Constituição impõe à União, Estados e Municípios, tornar-se-ia inoperante porque seria excluída do controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, ficando cada Estado ou Município sujeito, inapelavelmente, às interpretações da justiça local, ainda que frontalmente contrárias aos princípios estabelecidos na Constituição”.

qual se inscrevera que *“a magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica”*.

Tanto assim é que na Constituição de 1891, reformada em 1926, estava previsto que das sentenças das Justiças dos Estados haveria recurso para o Supremo Tribunal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador-geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

Esse mesmo norte foi possível vislumbrar na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894: *“os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos incompatíveis com as leis ou com a Constituição”*. A disposição dessa lei foi incorporada à Constituição, na reforma de 1926, no artigo 60, § 1º, alínea “a” e “b”,

A Constituição de 1934 manteve, em linhas gerais, a disposição atinente à competência do Supremo Tribunal. Adveio, no entanto, a outorga de competência ao Senado – órgão de “coordenação dos Poderes”, apartado do Legislativo – para suspender a execução de lei, ato normativo, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (CF/34, artigo 94, IV). Foi instituída, também, a ação direta a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo, para arguição da constitucionalidade da lei – e não da inconstitucionalidade – que houvesse determinado a intervenção da União em um Estado (CF/34, artigo 12, VIII, § 2º). Afastava-se, no caso, a presunção de legitimidade dos atos emanados do Poder Legislativo e a intervenção da

União no Estado somente dar-se-ia após a declaração de constitucionalidade do diploma legal.

Sobreveio o Estado ditatorial e a Carta Constitucional de 1937. Não foi contemplada a existência de uma Justiça Federal. Estabeleceram-se como órgãos do Poder Judiciário somente o Supremo Tribunal, os juízes dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e os juízes militares. Conservou-se o controle difuso e incidental de constitucionalidade (CF/37, artigo 101, II, n.2, “a” e “b”, e III, “b” e “c”). Foi inserido no ordenamento constitucional, no parágrafo único do artigo 96, o critério exclusivamente político da questão de constitucionalidade, embora inexistisse um “parlamento” efetivamente em atividade. Assim, a atuação do Poder Judiciário cingia-se à decisão e às questões que não envolvessem o poder político.

A Constituição de 1946 não contemplou o critério da vedação de apreciação de questões políticas pelo Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade difuso/incidental foi mantido.

Com o Ato Institucional nº 01, de 9 de abril de 1964, foram impostas limitações ao controle jurisdicional e, conseqüentemente, ao controle de constitucionalidade difuso/incidental quanto aos atos emanados da Revolução Militar de 31 de março de 1964 (artigo 7º, § 4º, e artigo 10). O Ato Institucional nº 2, editado em 27 de outubro de 1965, impôs restrições ao exercício de direitos individuais, mas as linhas gerais da sistemática do controle de constitucionalidade foram mantidas.

A Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição Federal de 1946 introduziu em nosso sistema a ação direta genérica: “representação por inconstitucionalidade”. As hipóteses de ação direta foram ampliadas (artigo 101, I, “k”) e a participação de órgão político no sistema de controle de constitucionalidade – o Senado – foi mantida (CF/46, artigo 64).

A Constituição de 1967 reprisou o sistema de controle de constitucionalidade pelo método difuso, como previsto na de 1946. Restaram inalteradas as limitações dos Atos Institucionais nºs 1 e 2 ao controle jurisdicional dos atos emanados do poder revolucionário (artigo 173). A Emenda Constitucional nº 1/1969 não modificou a sistemática do controle de constitucionalidade e fez inserir no artigo 119 da Constituição o § 3º, alínea “c”, mediante o qual foi outorgada competência ao Supremo Tribunal para editar normas e regras processuais quanto às demandas e recursos que lhe compete julgar. Teria havido um retorno à semelhante disposição contida na Constituição de 1824, na qual fora definida as hipóteses de competência do Supremo Tribunal de Justiça, mas não em rol taxativo, tanto assim que no artigo 163 o constituinte outorgara ao legislador ordinário a possibilidade de conferir à Corte outras competências, precisamente para “*conceder ou negar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinar*”, sendo então sancionada a lei de 22 de setembro de 1828. Relacionando-se à Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969, a disposição nela prevista no artigo 119, § 3º, alínea “c”, deu ensejo à edição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que a norma regimental, embora veiculasse matéria de natureza processual, revelava-se legítima em face do que dispunha a Constituição então vigente, que outorgou ao Supremo poder normativo primário, conferindo-lhe atribuição para, em sede regimental, dispor sobre o processo e o julgamento dos feitos de competência originária ou recursal.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, nela não foi inserida a previsão de edição de lei ordinária a conferir outras competências ao Supremo Tribunal, nem a possibilidade de ser adensado o Regimento do Interno do Supremo. Aliás, sobre o tema, é da Corte¹⁷⁹ o entendimento no sentido de que “*as normas processuais contidas no Regimento Interno (...) foram recepcionadas pela atual Carta, no que com ela se revelam*

¹⁷⁹ Ação Originária nº 32-7 (Agravo Regimental), relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 28.09.90. No mesmo sentido: Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 382.939-4/PR, relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24.2.2006.

compatíveis. O fato de não se ter mais a outorga constitucional para edição das citadas normas mediante ato regimental apenas obstaculiza novas inserções no Regimento, ficando aquém da derrogação quanto às existentes à época da promulgação da Carta”.

Com a superveniência da Constituição promulgada em 1988, ao Supremo não foi mais atribuída essa extraordinária competência normativa primária. Assim como ocorria em relação aos Tribunais judiciais, a Corte passou, em matéria processual, a submeter-se ao domínio normativo da lei em sentido formal (CF/88, artigo 96, inciso I, alínea “a”).

No plano das competências originária e recursal, a óptica do Supremo Tribunal também se afasta do entendimento firmado na vigência da Constituição de 1824. Firma-se, agora, no sentido da taxatividade do rol inscrito no Texto Constitucional:

“A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se com um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que ao se acham inscritas no texto constitucional (...)”

“A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102, e incisos (...)”¹⁸⁰.

Nos anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1985-1988 há o registro de sugestão apresentada pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, então integrante do

¹⁸⁰ Petição nº 693, relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgada em 1º de março de 1996. No mesmo sentido: Petição (Agravo Regimental) nº 3.087-7/DF, relator Ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, acórdão publicado em 10.09.2004; Ação Cível Originária (Questão de Ordem) nº 1.006/RR, relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 9 de abril de 2008.

Tribunal Federal de Recursos, sustentando devesse ficar a cargo do Congresso Nacional a legislação a respeito dos princípios processuais, como o direito de ação, o devido processo legal, o juiz natural, a publicidade das audiências, a subordinação da jurisdição à lei - as verdadeiras questões processuais. O mais seria estabelecido nos regimentos internos e em resoluções pelos Tribunais, que conteriam as organizações judiciárias locais. Sua Excelência assim concluía¹⁸¹:

“Com esse poder normativo, poderiam os tribunais, principalmente os estaduais, ajustar normas de procedimento às características locais, inclusive instituir Juizados de pequenas causas e medidas judiciais expeditas, exercitando cada um dos tribunais, destarte, a sua imaginação criadora. Facultado o direito de representação, ou a ação direta, junto ao Supremo Tribunal, contra o ato normativo inconstitucional ou para interpretação e lei ou ato normativo federal ou estadual e assegurado o recurso especial no caso de negativa de vigência de lei federal, possíveis excessos que pudessem ser cometidos seriam, a seu tempo, expungidos.”

O legislador constituinte, contudo, rejeitou proposições relacionadas à outorga de poder normativo aos tribunais. Entretanto, sem que adviesse modificação no sistema e na ordem jurídica espelhadas na Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem a si outorgando a competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dispondo que a eficácia do provimento jurisdicional somente ocorrerá a partir do trânsito em julgado ou em outro momento que viesse a ser estabelecido na parte dispositiva do julgado. A Corte tem se encaminhado no sentido da relativização do efeito retroativo do provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade, aplicando o princípio da proporcionalidade, o da ponderação e o da razoabilidade como ferramentas para a solução do aparente conflito entre a lei ou ato normativo com a Constituição: Por via transversa, o Supremo Tribunal atribui a si a competência de declarar a eficácia temporária de preceito nulo por vício de inconstitucionalidade e, ao fim e ao cabo, confere eficácia jurídica a disposição legal ou normativa contrária à Constituição. Na espécie, há auto-outorga de competência normativa, olvidando-se o Supremo que a força impositiva das decisões que prolata como guardião da Constituição não decorre da autoridade própria da

¹⁸¹ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 22 de agosto de 1987, p. 4835.

instituição por ser o órgão máximo do Poder Judiciário, mas advém, isto sim, da compreensão dos limites do texto da Constituição.

O Supremo Tribunal vem relativizando o efeito retroativo próprio dos julgados declaratórios de inconstitucionalidade, sem, contudo, desprezar o dogma da nulidade do ato inconstitucional. Atuação assim deixa transpassar à visão jurisdicionada o fato de em certos momentos a Corte se desveste da missão precípua de guardiã da Constituição para travestir-se de órgão ao qual se incumbe a realização da justiça e do direito, olvidando-se dos limites e da taxativa competência que lhe foi outorgada.

Ao adiantar-se a conferir solução, em concreto, a questão de direito subjetivo de eventuais destinatários da lei declarada inconstitucional, o Supremo Tribunal concorre para o estabelecimento de confusão no sistema de controle judicial de constitucionalidade da lei e dos atos normativos, afasta-se do procedimento de investigação em tese da compatibilidade da lei com a ordem constitucional e dá mostras de existência de possível incompreensão entre o que seja fato jurídico e fato, entre o que seja efeito imediato da declaração de inconstitucionalidade e efeito mediato do provimento. Põe-se em evidência todo o sistema jurídico do País, especialmente o princípio da estrita legalidade, que adquire nova feição: a lei nula pode ser declarada eficaz, ainda que por certo tempo, por via de provimento do Supremo Tribunal Federal. Esta competência, entretanto, não foi outorgada pela Constituição ao Supremo, que não detém função ou atribuição normativa.

4.2 – O Supremo Tribunal Federal: a proposta de transmutação em Corte Constitucional e da adoção de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade.

No projeto de Emenda Constitucional nº 16, de 1965, mediante a qual foi introduzido no sistema jurídico brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, teve-se a pretensão de o ato declaratório de inconstitucionalidade produzir efeitos a partir da publicação do acórdão. É o que se verifica do § 3º do artigo 5º do projeto emenda constitucional ao artigo 101 da Constituição Federal de 1946:

“§ 3º. As disposições de lei ou ato de natureza normativa, considerados inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União”.

A proposta foi rejeitada. Consagrou-se, tão-só o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob a forma de representação, de iniciativa do Procurador-Geral da República. Admitiu-se a implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o escopo precípuo de *“preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconviventes”*¹⁸².

No curso da Assembléia Constituinte de 1985-1988 houve apresentação de semelhante proposta pelo Senador Maurício Corrêa. A proposição foi rejeitada¹⁸³. O texto estava assim redigido:

“Art. 127.

§ 2º. Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”.

Na fase de sistematização dos trabalhos da referida Assembléia Nacional Constituinte outra semelhante proposição foi posta à votação pelo Congresso: a Emenda Substitutiva nº 1.916 ao Projeto, no capítulo da organização do Poder Judiciário. Entre outras relacionadas à instituição de “Tribunal Constitucional”, encontravam-se as seguintes disposições no artigo 126:

“§ 5º. Quando a Corte declarar a ilegitimidade constitucional de uma norma legal ou de um ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia a partir do dia imediato à publicação da sentença.

¹⁸² Constituição do Brasil de 1946, p. 67 e 88-90.

¹⁸³ SILVEIRA. José Néri da. In “A dimensão Política do Judiciário”, artigo publicado nos Arquivos do Ministério da Justiça, nº 173, p. 46: o texto da proposição assemelhava-se ao que dispunha a Constituição portuguesa no artigo 282, nº 4º.

§ 6º. Não tem efeito retroativo a sentença do Tribunal que declara a inconstitucionalidade de uma norma, no todo ou em parte.¹⁸⁴

Houve rejeição pelo Congresso Constituinte, tanto da proposta de criação de Corte Constitucional¹⁸⁵ nos moldes do sistema jurisdicional exercido na Alemanha, na Áustria, na Itália e na Espanha – neste último país, a partir de 1978 – como daquela que atribuía efeitos diversos à declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo contrário à Constituição – o de nulidade¹⁸⁶. É importante destacar o enfático pronunciamento do então Deputado Federal Nelson Jobim¹⁸⁷:

“(...) É fundamental que se compreenda, com serenidade e no respeito da História constitucional do mundo ocidental, como se deu a criação desses Tribunais [Corte Constitucional].

(...) O controle de constitucionalidade das leis, que é o fundamento dos Tribunais Constitucionais, não existia na Europa até 1920. O sistema do controle da constitucionalidade atribuído ao Poder Judiciário nasceu pela Suprema Corte americana, mais especificamente no famoso caso “Marbury vs Madison”, do julgamento do Chief of Justice Marshall.

Foi lá que se atribuiu, por força da decisão de Marshall, ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade das leis. Por que a Europa não atribuiu aos seus juizes, à sua magistratura, o poder de controlar a constitucionalidade? Porque a magistratura européia, ao tempo da Revolução Francesa, estava vinculada ao Ancien Régimen e não merecia a confiança de todo o poder popular que emergiu com essa Revolução. E se trancou e se impediu que a magistratura européia assumisse o controle da constitucionalidade. E isto veio até 1920, quando Hans Kelsen, a chamado do Chanceler Renner, elaborou o projeto da Constituição austríaca e criou a Corte Constitucional. Mas criou a Corte Constitucional vinculada a quê? Vinculada ao Poder Legislativo, porque o Poder Judiciário europeu não podia examinar a constitucionalidade das leis.

Não estamos na Europa, não estamos a tratar do Poder Judiciário europeu; estamos a tratar do Poder Judiciário brasileiro. Precisamos honrar a palavra dos Constituintes de 1891, que souberam outorgar, 30 anos antes da Europa, o poder da constitucionalidade ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal, pela via da judicial review do sistema americano. E temos hoje, desde 1891, o controle da constitucionalidade in concreto no sistema brasileiro, ou seja, a suscitação do problema da constitucionalidade, em defesa ou incidentalmente.

¹⁸⁴ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 7 de abril de 1988, p. 9056.

¹⁸⁵ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 22 de agosto de 1987, p. 4841 e 9058.

¹⁸⁶ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 7 de abril de 1988, p. 9055 à 9062-.

¹⁸⁷ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 7 de abril de 1988, p. 9058.

Em 1965, conseguimos, numa emenda constitucional alterando a Carta de 46, outorgar ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da Constitucionalidade em tese. E conseguimos algo absolutamente inédito: a tradição européia se juntou à tradição americana e temos aqui – e é o único País do mundo – o controle da constitucionalidade pelo Juiz de Direito, no caso concreto, e, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta é a inovação, esta é a transformação que estamos a fazer. Agora, Srs. Constituintes, na Comissão de Sistematização, transformaram o Supremo Tribunal Federal na Corte Constitucional ajustada ao sistema Constitucional brasileiro, que tem origens européias e que tem, fundamentalmente, uma tradição muito mais sólida que a da Europa em matéria constitucional. Tal se vê na Itália. Hoje, os italianos discutem, na palavra de Capelletti, o problema básico da constitucionalidade, coisa que já discutimos.

Portanto, a nossa tradição impõe a rejeição do texto e a manutenção do sistema que aqui estamos criando”.

Também o constituinte Jarbas Passarinho, tomando de empréstimo palavras do jurista João Mangabeira, deixou expresso que a função precípua do Supremo Tribunal Federal “*não é a de resolver caso de Direito Privado, como qualquer juiz singular, mas as garantias constitucionais, não consentindo que os Poderes Legislativo e Executivo ultrapassem as raias que a Constituição lhes traçou, e a de preservar a existência e a segurança do regime federal, não permitindo que a União e os Estados, reciprocamente, usurpem em competência que a Carta soberana a cada um deles privativamente conferiu*”¹⁸⁸.

Na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 fez-se a previsão da instalação de um congresso revisor, após cinco anos, contados da promulgação da Carta (ADCT-CF/88, artigo 3º). Instalado o Congresso Revisor em 1994, nova proposta no sentido de imprimir efeitos prospectivos à declaração inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos veio a lume. Acrescentava-se ao artigo 103 da Constituição um parágrafo contendo o seguinte teor:

“Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar,

¹⁸⁸ Diário da Assembléia Nacional Constituinte, 7 de abril de 1988, p. 9062.

por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão”.

Como de outras vezes, a proposição foi rejeitada.

Tudo vem pressupor que o Poder Constituinte, seja o originário ou o derivado, teve presente a nulidade de lei inconstitucional, razão porque é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal, que reconhece ser dotado de hierarquia constitucional o postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição. Portanto, *“atribui-se hierarquia de norma constitucional, também no Direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais. A aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma ‘alternativa normativa de hierarquia constitucional”*¹⁸⁹, *disposição inexistente no Direito brasileiro”*¹⁹⁰.

4.3 – Modulação dos efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Legitimidade do Supremo Tribunal Federal.

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional e acentua que o reconhecimento da validade de lei eivada de inconstitucionalidade representaria ruptura com o princípio da proeminência da Constituição. Assim, a lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como os indivíduos estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição¹⁹¹.

¹⁸⁹ Vide, artigo 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 312.

¹⁹¹ Representação de Inconstitucionalidade nº 980, relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 96/496-508.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes observa que a suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Para demonstrar a assertiva, traz à luz decisão proferida pela Corte Constitucional alemã¹⁹²:

“Na decisão proferida pelo Bundesverfassungsgericht sobre a constitucionalidade da lei que disciplina o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados ‘casamentos mistos’, tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um vácuo legislativo. A Corte Constitucional reconhece a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.

A doutrina dominante empresta respaldo a esse entendimento. Nesse sentido, ressalta Pestalozza que a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico. Idêntica opinião é sustentada por Stern, Schlaich, Maurer e Jülicher, no caso de aplicação da lei inconstitucional ser exigida pela própria Constituição. Também Moench admite a aplicação da lei inconstitucional em caso concreto, observados os parâmetros estabelecidos na própria Constituição. Essa orientação é sustentada, igualmente, por Heussner, que admite aplicação da lei inconstitucional, com fundamento sobretudo em razões de segurança jurídica.

Destarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que a aplicação da lei declarada inconstitucional – mas que não teve a sua nulidade reconhecida – é legítima, quando exigida pela própria Constituição”.

E, arrematando, diz o autor¹⁹³:

*“Evidentemente, não se esclarecem, assim, os critérios que devem orientar o Bundesverfassungsgericht para expedir a autorização de aplicação da lei inconstitucional. **Pode-se afirmar, todavia, com segurança, que essa autorização somente pode ser outorgada se a aplicação continuada da lei inconstitucional for exigida ou pressuposta pela Constituição, uma vez que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional.** Essa concepção, que há de ser considerada obrigatória do prisma constitucional, contém o perigo de que se fortaleça tendência no sentido de se identificar na Constituição toda e qualquer assertiva que legitime a aplicação do direito inconstitucional” (g.n.).*

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 228.

¹⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 229.

Na esteira desse entendimento, o constitucionalista frisa que no direito brasileiro atribui-se *hierarquia de norma constitucional* ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais (grifo do autor). Desse modo, a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma alternativa normativa de hierarquia constitucional - a exemplo do que previsto na Constituição austríaca, no artigo 140, §§ 5 e 7 -, disposição inexistente no ordenamento jurídico adotado pelo Brasil.

Como antes anotado, é taxativo o rol de competências outorgadas pela Constituição ao Supremo Tribunal. Também está demonstrado que várias foram as proposições de ementa ou inserção no sentido de diferir o momento da ocorrência dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade - e conseqüente nulidade - da lei ou ato normativo. Todas rejeitadas. Assim, constatada a inexistência de disposição constitucional a autorizar a postergação da aplicação da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, em decisão definitiva, poder-se-ia indagar se razões de segurança jurídica e de relevante interesse social constituiriam legítimos fundamentos à preservação do ato legislativo inconstitucional; se provimento desse teor e quilate seria decorrente da compreensão de atribuição ou de competência implícita haurida, via interpretação, da inteireza do texto da Constituição, e, conseqüentemente, ao Supremo Tribunal se impunha o poder/dever de sacramentar o direito daquele que teve presente a presunção de legitimidade da lei, posteriormente declarada inconstitucional. Então, considerando o princípio da confiança, da boa-fé, admitir-se-ia, por via de provimento do Supremo, a subsistência no ordenamento jurídico de lei declarada inconstitucional.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹⁴ ressaltam a existência de princípios gerais de interpretação da Constituição, cuja operacionalidade e relevância são mais intensas no âmbito das normas de competência. Um princípio atinente à interpretação de normas organizatórias é o **princípio da conformidade funcional**: quando a Constituição

¹⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 190-192.

regula de determinada forma a competência e a função dos órgãos, estes devem manter-se no quadro de competência que lhes for constitucionalmente assinalado, não devendo modificar, por via interpretativa, a repartição, coordenação e equilíbrio de “poderes”, “funções” e “tarefas” a eles inerentes. Surge, então, em virtude do modo e do resultado de interpretação, o problema relacionado ao estabelecimento de **competências não escritas e das competências implícitas**: a idéia de “poderes decorrentes ou emergentes”: poderes que derivam de uma leitura conjunta de todos ou alguns dos poderes conferidos especificamente pela Constituição; de “poderes implícitos”: poderes não expressamente mencionados na Constituição, mas adequados à realização dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos; de “poderes inerentes ou essenciais”: inerentes e indispensáveis ao exercício de funções políticas. Dizem, por isso, que em razão do emprego desse método de interpretação se consegue uma “abertura” do quadro de competências para além das formalmente individualizadas no texto constitucional.

Referidos autores asseveram que a força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências nela - a Constituição - não previstas, salvo nos casos em que há previsão constitucional outorgando ao legislador ordinário o alargamento do leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. Há de ser rejeitada, em consequência, a invocação de “poderes implícitos”, de “poderes resultantes”, de “poderes inerentes”, de “poderes emergentes”, como formas de alargar competências autônomas.

Admissível, entretanto, uma “complementação das competências constitucionais” como consequência do emprego de instrumentos metódicos de interpretação sistemática, teleológica e de integração. O entendimento a respeito da admissão de competências “implícitas” complementares – enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita – não significa alargamento de competência, mas apresenta-se como veículo que tem como escopo concretizar ou densificar competências outorgadas pela Constituição e, portanto, se fazem imprescindíveis *“para preencher uma evidente lacuna constitucional, através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais”*. Há limites, no entanto, à compreensão dos

“poderes implícitos”: estes não podem subverter a separação e a interdependência dos órgãos estabelecidos constitucionalmente, estando excluída, em especial, a possibilidade de eles se afetarem poderes especificamente atribuídos a outros órgãos.

A Corte americana no caso *Stuart vs Laird*, pela voz do Justice William Petterson decidiu, sob a influência de Marshall, que o *Judiciary Act of 1789* padecia de inconstitucionalidade, “porquanto o Congresso não tinha poderes para estabelecer atribuições para os integrantes da Suprema Corte, além daquelas previstas no Estatuto Básico. Portanto, a ampliação da competência da Corte Suprema resultava em atentado à Constituição”.

Ao longo da vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem ratificado a tese de nulidade, prescrevendo ser equiparado a ato nulo a lei ou o diploma normativo declarado inconstitucional, advertindo, inclusive, que “a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”¹⁹⁵. Acentue-se, por isso, o dizer de Alfredo Buzaid¹⁹⁶:

“(…) se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição”.

Vale realçar, então, o que pontificado pelo Ministro Aliomar Baleeiro: “A Constituição não destrói a si mesma. Logo não transige com interpretação que a aniquile”¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Ministro Celso de Mello, voto proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280-3/RJ, julgado em 12 de setembro de 2006.

¹⁹⁶ BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 131.

¹⁹⁷ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1958, volume I, p. 355.

Sem proceder modificação no sistema e na ordem jurídica que se apresentam espelhados na Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem a si outorgando a competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A Corte reafirma a adoção do dogma da nulidade do ato declarado inconstitucional no direito brasileiro. Paradoxalmente, entretanto, vem imprimindo nos julgados a idéia da flexibilização do efeito retroativo do provimento judicial, conferindo à decisão o aparente caráter de ato constitutivo, e não declaratório, e transmudando o nulo em meramente anulável.

Há de indagar-se em que fonte o Supremo Tribunal Federal foi buscar a legitimação para conferir validade, ainda que temporariamente, à lei declarada inconstitucional e assim proceder à suspensão da eficácia da Constituição, preservando incólume o ato legislativo inconstitucional.

Maurice Hauriou¹⁹⁸ observa que as instituições representam no direito, como na história, a categoria da perpetuação, da continuidade e da realidade, que foi se organizando lentamente. Rousseau imaginou que as instituições sociais existentes estavam viciadas por haver sido fundadas sobre a força pura e que era melhor renová-las mediante o contrato social, instrumento de livre consentimento. Havia confundido a força com o poder. As instituições são fundadas graças ao poder, deixando, porém, lugar a uma forma de consentimento. Se a pressão que exerce não é legado da violência, o assentimento dado é juridicamente válido. Essa conclusão, contudo, fez surgir outra querela, a do direito objetivo – todo o que, no direito, se mantém sem a intervenção da vontade consciente dos sujeitos determinados e que, dessa maneira, parece manter-se por si mesmo - e do direito subjetivo – aquele que se mantém pela vontade consciente de sujeitos determinados, como se dá nas situações contratuais e nas disposições testamentárias. Assim, o subjetivo se mantém por nossa vontade consciente e o objetivo por idéias subconscientes, isto porque, no sistema jurídico há a coexistência de elementos subjetivos e objetivos. Como elemento subjetivo, temos a personalidade jurídica, os direitos subjetivos, os atos jurídicos; no

¹⁹⁸ HAURIUO, Maurice. La Teoria de la institucion y de la fundacion, Editora Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 30-66.

âmbito objetivo, o conjunto de leis, regulamentos e costumes. Presente o dualismo, a regra de direito se converteu em suporte da existência jurídica e toda a virtude jurídica foi concentrada na regra de direito. Os atos dos homens não poderiam produzir efeito de direito senão estivessem em conformidade com ela. A regra de direito é um produto da sociedade, uma regra acertada como obrigatória pela “massa consciente”, que assumia a direção do direito, em lugar da consciência individual. As regras de direito foram postas como limites às pretensões dos poderes individuais e dos poderes das instituições.

O referido autor afirma que em todo ato de vontade consciente está incluído um poder. A ação desse poder atua retroativamente no sentido de que é capaz de reger as conseqüências atuais de situações criadas no passado; ou atua antecipando o por vir. Esta elasticidade, que prolonga o efeito da expressão de vontade, alcança as manifestações subsequentes e realiza a continuidade subjetiva. Desse modo, a personificação da instituição traz em si, incorporada, a continuidade da idéia em estado subjetivo, o que representa no direito, o caráter de perpetuação da realidade e da vontade consciente então verificada. Advém daí a obtenção de tríplice benefício:

a) o poder de a instituição expressar o conteúdo positivo das regras de direito, produzindo as conseqüências sobre todos, quer digam respeito à aplicação da legislação estatutária quer em relação ao direito constitucional. A instituição põe à luz o conteúdo positivo da idéia, a interpretação da vontade comum e, ao mesmo tempo, assegura a continuidade da idéia diretriz, o que não seria possível pela via da livre interpretação individual.

b) a continuidade subjetiva da idéia confere à instituição a capacidade de obrigar-se a utilizar dos recursos necessários à perpetuação do conteúdo da expressão da vontade do direito estabelecido.

c) por fim, a continuidade subjetiva da idéia e da instituição entra no domínio da responsabilidade subjetiva que, em contrapartida, defere a liberdade. A continuidade subjetiva da idéia, aliada ao poder de responsabilidade, enriquece

singularmente os efeitos da continuidade objetiva do corpo constituído, assegurando de maneira contundente a realização da idéia objetiva no meio social.

É necessário refletir que a organização e a duração de instituição no meio social não são imputáveis juridicamente à vontade dos fundadores primitivos. Não se lhes pode nega a virtude da idéia diretriz da criação da entidade. Os fundadores primitivos parecem ter realizado mais do que podiam, porque lograram estabelecer no meio social uma idéia viva que, uma vez plantada, se desenvolveu por si mesma. A unidade do objeto do consentimento se realiza mediante a idéia da obra, embora nem sempre a intenção de realizar seja inteiramente voluntária e em face do querer individualizado. Há de ser visualizado que, ainda quando o poder se manifestar por voto majoritário, a minoria opositora há de aceitar, forçadamente ou consternada, a decisão da maioria, pois todos são membros integrantes da instituição. O fato estaria a refletir o caráter jurídico da decisão, decorrente do exercício do poder: a “comunidade fundativa” operou no exercício do poder, tanto como em uma operação consensual, pois os membros integrantes da instituição, cada um de per si e tendo presente as regras que formataram a idéia de criação da entidade, manifestaram e expressaram o poder que lhes foi conferido.

Assim, a unidade do objeto e a ação do poder se agregaram ao vínculo de um procedimento. Por meio desse elemento formal exterior e necessário para o exercício das atribuições conferidas à instituição se obteve a unidade de um ato jurídico, nos limites do poder outorgado. Nas instituições públicas, o caráter jurídico das decisões que profere é atributo e é inerente ao poder que lhes foi outorgado, razão pela qual a nulidade dessas há de ser perseguida por uma medida adequada, para expungir o que constitui excesso de poder¹⁹⁹. As instituições representam no direito a categoria da perpetuação, da continuidade e da realidade, que foi se organizando lentamente.

Presente a assertiva lançada por Maurice Hauriou, percorrido o contexto da instituição do Supremo Tribunal, os poderes outorgado a este órgão, o histórico legislativo

¹⁹⁹ HAURIOU, Maurice. La Teoria de la institucion y de la fundacion, Editora Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 69-74.

do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos adotados na composição do sistema bem assim o ordenamento jurídico brasileiro, reitera-se a indagação acerca da origem do poder a si cometido pelo Supremo Tribunal Federal para imprimir à declaração de inconstitucionalidade que profere o caráter de anulabilidade do ato e, procedendo à modulação ou limitação dos efeitos da decisão, assim preservar a validade de lei formalmente declarada contrária ao Texto Constitucional.

4.4 – O direito comparado e a jurisprudência americana

4.4.1 – O direito comparado

4.4.1.1 - Modelo Alemão

Ao discorrer sobre o controle de constitucionalidade na Alemanha e na Áustria, Gilmar Ferreira Mendes²⁰⁰ anota que a fórmula tradicional explicita que a lei é inconstitucional e, portanto, nula. Vincula-se uma determinada situação – a inconstitucionalidade – à consequência jurídica – nulidade. A lei inconstitucional é considerada nula *ipso iure*. A concepção tradicional considera que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, portanto, *ex tunc*.

Diz, então, que embora esse entendimento não tenha encontrado expressão inequívoca nem na Lei Fundamental alemã, nem na Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, a doutrina dominante sustenta, fundada no princípio da supremacia da Constituição, que deve ser conferida hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional. Ressalta, todavia, que o dogma da nulidade da lei inconstitucional não se afigura obrigatório do ponto de vista lógico-jurídico. É o que se verifica na doutrina e na prática austríacas, bem assim o que se pode haurir do artigo 100, inciso I, da Lei Fundamental alemã, onde se evidencia a diferenciação estabelecida entre leis válidas e inválidas, pressupondo e determinando a invalidade como consequência jurídica de conflito

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 198-201.

entre lei e Constituição. Destaca, em seguida, estar positivada no modelo austríaco a diferenciação entre validade da lei e o direito inconstitucional, quando o legislador pressupôs no artigo 140, inciso V, da Constituição da Áustria uma “alternativa normativa”, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a declaração de nulidade. A lei somente é cassada a partir da publicação do julgado (eficácia *ex nunc*), se a Corte Constitucional não estabelecer outro marco para encerrar-lhe a vigência.

O autor realça que a “*conseqüência lógica da declaração de nulidade ex tunc da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela*”. Mas, “*essa depuração total não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem daqueles que, como o brasileiro, utilizaram as fórmulas de preclusão*” (grifo do autor). Recorda, então, que o § 79 da Lei Orgânica da Corte Constitucional, editada como base em autorização explícita contida na Lei Fundamental da Alemanha, contém preceitos que dispõem, expressamente, sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, no que concerne à sentença penal condenatória transitada em julgado e fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional (§ 79, I), sendo que, no mais, “*subsistem as decisões não mais susceptíveis de impugnação, ressalvada a possibilidade de que uma “uma lei especial venha dispor de maneira diversa*”. Em virtude dessa previsão, tem-se que a execução das decisões fundadas em lei inconstitucional afigura-se ilegítima (§ 79, item 2, n^{os} 2^o e 3^o), podendo ser embargada nos termos do § 767 do Código de Processo Civil alemão²⁰¹.

Ainda sobre o tema, o autor observa²⁰² que “*a aplicação irrestrita e genérica da lei inconstitucional parece pressupor uma alternativa normativa que autorize a aplicação continuada do direito inconstitucional. Como o Direito Constitucional alemão não dispõe dessa alternativa, afigura-se difícil encontrar fundamento constitucional que empreste sustentáculo às opiniões que defendem a aplicação da norma inconstitucional*”.

²⁰¹ Conquanto seja omissa o sistema constitucional brasileiro, semelhante disposição legal foi inserida no Código de Processo Civil brasileiro, o artigo 741.

²⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3^a edição, São Paulo, 1999, p. 198-225-226.

Desse modo, a aplicação continuada da norma que teve sua inconstitucionalidade declarada pelos órgãos estatais revela-se inadmissível. O legislador, a Administração Pública e os Tribunais estão obrigados a observar a disposição expressa na Lei Fundamental que consagra o princípio do Estado de Direito. Eles estão autorizados a agir apenas em conformidade com a Constituição. Assim sendo, qualquer ação incompatível com a Lei Fundamental não pode, em princípio, ser justificada pelo prisma constitucional²⁰³.

Não se olvida que a suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional suscita problemas e esses não podem ser ignorados, mormente nas hipóteses em que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional haveria o *vácuo legislativo*. Em socorro de situação tal, a Corte Constitucional alemã reconhece a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.

Ter-se-ia, assim, como legítima a autorização da Corte Constitucional alemã para a aplicação da lei declarada inconstitucional e, porque inexiste princípio geral disciplinando a matéria, a decisão estaria a depender do exame concreto de cada caso. Não se acham esclarecidos, contudo, os critérios que deveriam orientar a Corte Constitucional no momento em que decide permitir a subsistência da lei inconstitucional. E, arrematando, afirma o mencionado autor²⁰⁴:

“(...) essa autorização somente pode ser outorgada se a aplicação continuada da lei inconstitucional for exigida ou pressuposta pela Constituição, uma vez que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional.

Essa concepção, que há de ser considerada obrigatória do prisma constitucional, contém o perigo de que se fortaleça tendência no sentido de se identificar na Constituição toda e qualquer assertiva que legitime a aplicação do direito inconstitucional. Semelhante tendência poderia fortalecer a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade sem a

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 227-228.

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 229.

pronúncia de nulidade confere efetivamente ao Tribunal uma discricionariedade da sanção”.

Dado o alcance constitucional conferido ao dogma da nulidade da lei declarada inconstitucional, a consequência lógica do provimento deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico do diploma normativo declarado nulo e de todos os atos praticados com fundamento nele. Diversas Cortes Constitucionais, contudo, tiveram a si outorgada pelo ordenamento constitucional a competência para proceder à limitação de efeitos da decisão por meio da qual assentada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. A técnica de limitação dos efeitos do provimento declaratório da inconstitucionalidade de lei e de atos normativos foi adotada pela Constituição austríaca, no artigo 140; pela Corte Constitucional alemã, a tanto autorizada pela Lei Orgânica da Corte (artigos 31, item 2, e 79, I) editada com base em outorga prevista no 94, inciso II, da Lei Fundamental. De igual modo, a Corte Constitucional portuguesa, tendo como embasamento o disposto no artigo 282, nº 4, da Constituição Federal.

4.4.1.2 – Modelo Português

Em relação à República de Portugal, no que concerne à limitação dos efeitos do ato inconstitucional, há dados históricos importantes.

A Constituição portuguesa monárquica promulgada em 10 de março de 1822 sob o espírito do texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e da Constituição francesa de 1791, fora definida como “*o conjunto de princípios mais adequados para assegurar os direitos individuais do cidadão e estabelecer a organização e limite dos poderes públicos do Estado*”. No artigo 58 prescrevia que os “*deputados eleitos deviam ser outorgados amplos poderes para que pudessem (...), como representantes da nação, fazer tudo o que for conducente ao bem geral dela*”, devendo os parlamentares cumprir as funções “*na conformidade e dentro dos limites que a constituição prescreve, sem que possam derrogar nem alterar nenhum de seus artigos*”.

Dizia-se que, editada pelo parlamento uma lei inconstitucional, os cidadãos estavam desobrigados de lhe obedecer, ante o fato de haverem se comprometido a ter por válido o que os deputados naqueles precisos termos fizessem. Contudo, a eles não fora dada a guarda da Constituição e, sim, ao parlamento. De modo que, sancionada a lei pelo monarca e publicado o ato, somente era dado ao cidadão o direito de “*expor a qualquer da constituição*” (Constituição portuguesa de 1822, artigo 7º) requerendo perante a autoridade competente – a magistratura – a efetiva responsabilização dos infratores. Cuidava-se, no entanto, de recurso gracioso, pois não havia como responsabilizar os deputados: na prática, o instituto servia apenas à sensibilização do parlamento. Em virtude da onipotência do parlamento, os juízes passaram a se declarar incompetentes para conhecer da alegação de inconstitucionalidade das leis. Assim, a Constituição ficava desamparada para futuros golpes vibrados pelo próprio parlamento, uma vez que a fiscalização que os deputados exerciam somente tinha ressonância quando se tratava dos atos do Poder Executivo.

Em meados do século XIX, o jurista português Silva Ferrão empunhou, então, a tese doutrinária relacionada à competência dos juízes para conhecer das alegações de inconstitucionalidade, sob o fundamento de ter eles prestado o juramento “de observar e fazer observar a Carta Constitucional da Monarquia e as Leis do reino”. Esse pensamento não encontrou ressonância contra a onipotência parlamentar. Somente com a reforma constitucional de 1900 surgiu a proposta de ser atribuída competência aos tribunais para conhecer da “*validade das leis*”. No entanto, outra proposição substitutiva surgiu no seio do parlamento, no sentido de atribuir competência aos juízes para não aplicar leis contrárias à constituição, não podendo conhecer, contudo, da “*validade da lei*”: mantinha a atribuição de guarda da Constituição ao parlamento.

Conquanto assim estabelecido, grassava na doutrina outro entendimento. Acentuava-se que ao juiz cumpria o poder e o dever de aferir acerca da constitucionalidade da lei: é ele “*quem há de interpretá-la e aplicá-la*”, e ao fazê-lo poderia reconhecê-la em conflito com a lei constitucional. Era dado ao magistrado investigar todo o processo de legislativo, porquanto a lei poderia carecer de constitucionalidade por duas ordens de razões: a) porque na sua formação não teve os requisitos que constitucionalmente são indispensáveis para que seja genuinamente uma lei; b) ou porque, perfeita sob este ponto de

vista, as suas disposições são contrárias à Constituição ou aos princípios nela consignados. Assim, uma lei é tida como *inconstitucional* quando contrarie as disposições da Constituição ou os princípios que nela se consagram; ou seria *inválida*, quando não observado elemento formal indispensável para a existência constitucional da lei²⁰⁵.

Apesar de o controle político das leis ter sido o elemento dominante do constitucionalismo monárquico, a primeira Constituição portuguesa da época republicana – a Constituição de 1911 – consagrou um sistema de fiscalização da constitucionalidade de tipo judicial difuso/incidental e concreto (artigo 63), que tendo a sua raiz no sistema da judicial review americana, foi consagrado em Portugal por influência direta da Constituição brasileira de 1891, havendo a solução portuguesa sido pioneira na Europa.

Este tipo de controle da constitucionalidade foi seguido pela Constituição portuguesa de 1933 (artigo 123) e seria ainda esta Constituição, após a revisão operada em 1971, que viria a possibilitar a institucionalização de um sistema de controlo político, traduzido na fiscalização abstrata da constitucionalidade a cargo da Assembléia Nacional (artigo 91, n.º 2), a par da fiscalização judicial difusa já anteriormente em vigor.

Este sistema misto, que admitia um controlo concentrado não judicial, foi depois mantido no período que se seguiu à revolução de 25 de Abril de 1974, até à aprovação da atual Constituição Portuguesa, a 2 de Abril de 1976, cabendo ao Conselho de Estado, primeiro (artigo 13.º, n.º 3, da Lei n.º 3/74, de 14 de Maio), e ao Conselho da Revolução, depois (Lei n.º 5/75, de 14 de Março), as funções relativas ao controle concentrado da constitucionalidade.

A Constituição de 1976 adotou este mesmo sistema misto de fiscalização da constitucionalidade, muito embora tivesse criado a Comissão Constitucional como órgão de controle, de funções híbridas, quer enquanto órgão consultivo do Conselho da Revolução em matéria de fiscalização abstrata da constitucionalidade, quer como instância de recurso

²⁰⁵ COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães. Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das leis no Direito Português, França e Arménio editores, Coimbra, Arco d'Almedina, 1915, p. 39-118.

das questões de inconstitucionalidade suscitadas perante os tribunais. O Conselho da Revolução desempenhava então, entre outras, a função da fiscalização política da constitucionalidade.

A República de Portugal, assim como ocorrido em outros estados europeus, sofreu influência da Constituição austríaca de 1920 e concentrou em um tribunal especial a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. A instituição da fiscalização concentrada teve origem ainda antes da criação do Tribunal Constitucional, com o deferimento à Comissão Constitucional de competências de fiscalização da constitucionalidade, pela Constituição de 1976, na sua versão originária. A Constituição reservava o Capítulo II da Parte IV (Garantia da Constituição) a esta Comissão, tratando no Capítulo I da fiscalização da constitucionalidade.

Na Revisão constitucional de 1982 foi criado o Tribunal Constitucional, que é o supremo órgão da Justiça constitucional. Este Tribunal entrou em funcionamento em 6 de Abril de 1983.

A garantia jurisdicional da Constituição em Portugal é assegurada pelo exercício de funções de controle da constitucionalidade a cargo dos tribunais em geral e do Tribunal Constitucional, em especial. Todos os tribunais se dedicam ao conhecimento e à decisão de questões de inconstitucionalidade: a título concreto e meramente incidental, os primeiros; ou no âmbito de um processo especialmente criado para o efeito ou em sede de recurso de decisão dos demais tribunais sobre a questão de inconstitucionalidade, no segundo. Neste último caso de controle pelo Tribunal Constitucional, a decisão deste em sede de recurso de fiscalização concreta tem efeito *inter partes*, diferentemente do que sucede quando a questão lhe seja diretamente colocada, para efeitos de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade.

No que respeita ao controle concreto, e apesar de neste constituir objeto de fiscalização todo e qualquer ato normativo, há ainda uma especificação em relação aos atos legislativos ou assim equiparados: quando a lei não houver sido aplicada no caso concreto

é obrigatória para o Ministério Público, se cabível, a interposição do recurso para o Tribunal Constitucional.

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade, de caráter misto, defere competências de apreciação da constitucionalidade das normas quer a um tribunal especial criado para o efeito – o Tribunal Constitucional – quer a todos e a cada um dos demais tribunais. A Constituição da República Portuguesa de 1976 consagrou o direito de acesso direto dos juízes à Constituição, na linha do que pioneiramente consagrado pela Constituição portuguesa de 1911, que então se espelhara na Constituição brasileira de 1891: nos termos do artigo 204 da Constituição portuguesa de 1976, no capítulo pertinente à apreciação de inconstitucionalidade, *“nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”*.

A via de recurso é o único elo relacional entre os tribunais e o Tribunal Constitucional no exercício de funções de fiscalização da constitucionalidade. É que, ao contrário do que hoje sucede no sistema austríaco, em que a fiscalização abstrata concentrada no Tribunal Constitucional começa por ter a sua origem num processo concreto que é seu pressuposto, cabendo ao juiz desse processo decidir se leva a questão ao Tribunal Constitucional, para efeitos de fiscalização abstrata da constitucionalidade - ou seja, os incidentes de inconstitucionalidade acabam por subir ao Tribunal Constitucional, para efeitos de fiscalização abstrata, provindo de quaisquer tribunais -, no modelo português, o incidente de inconstitucionalidade pode ser oficiosamente levantado pelo juiz, ou suscitado pelas partes, podendo estas recorrer da decisão do juiz *a quo* para o Tribunal Constitucional, o qual se pronunciará apenas sobre a aplicação da norma àquele caso concreto (artigo 280, n.º 6, da CRP: *“Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade...”*).

Nos termos do artigo 277 da Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional é também órgão competente para apreciar a **ilegalidade**. A essa competência se referem o artigo 281 (fiscalização abstrata da ilegalidade) e o artigo 280 (fiscalização concreta da ilegalidade). Também nesta matéria se estabelecem relações entre os tribunais

em geral e o Tribunal Constitucional, dispondo este de poderes para decidir recursos nos quais é argüida a ilegalidade. Assim, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais (artigo 280, n.º 2, da Constituição portuguesa):

a) que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento em ilegalidade;

b) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma;

c) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

d) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas “a”, “b” e “c”.

A Constituição portuguesa, no artigo 223, n.º 1, determina que “*competete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes*”. É fundamentalmente nestes artigos que se encontram definidos os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas, assim como o papel neles desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Percebe-se, então, não estar prevista no sistema constitucional de Portugal uma ação constitucional de defesa do tipo do recurso de amparo espanhol, da alemã *Verfassungsbeschwerde*, ou dos institutos de países iberoamericanos como o já mencionado recurso de amparo, o mandado de segurança, o mandado de injunção, ou o habeas corpus, que permitisse a defesa direta dos direitos fundamentais contra atos administrativos ou judiciais junto do Tribunal Constitucional. A fiscalização deste Tribunal incide apenas sobre normas, não sendo admitido o recurso ao Tribunal Constitucional para fins de defesa imediata e direta de direitos fundamentais.

São efeitos típicos da declaração de inconstitucionalidade: o eliminar retroativamente da ordem jurídica a lei inconstitucional, desde o momento da entrada em

vigor desta última, e o reprimir a norma revogada pela norma declarada inconstitucional (artigo 281.º, n.º 1, da CRP). A declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade de uma norma constituirá o legislador no dever de não reproduzir a norma declarada inconstitucional, incorrendo no mesmo tipo de inconstitucionalidade que foi declarada, dependendo a extensão deste efeito preclusivo do tipo de vício que esteja em causa: tratando-se de vício orgânico ou formal a norma poderá ser novamente editada, desde que sejam ultrapassadas as deficiências então verificadas.

Também não será permitido ao legislador neutralizar ou contrariar tais declarações de inconstitucionalidade através de convalidação retroativa, por ato legislativo, de atos administrativos praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. Sendo o Tribunal Constitucional o órgão máximo de fiscalização da constitucionalidade, das suas decisões não cabe recurso para qualquer outro órgão. Assim, como refere Jorge Miranda, *“a resposta há-de procurar-se no rigor dos seus juizes, na capacidade para encontrarem a síntese das suas diferentes formações e pré-compreensões, no seu apego ao princípio de legitimidade em que se esteia o Tribunal. Há-de procurar-se também na consciência jusconstitucionalística da comunidade, em interação e diálogo com eles. E ainda na apreciação crítica da doutrina especializada”*.²⁰⁶

Presente a competência do Tribunal Constitucional para o exame da constitucionalidade e da legalidade abstratamente considerada, é importante revisitar o que sustentando por J. J. Gomes Canotilho²⁰⁷, quando anota:

“(…) reação ou sanção típica da ordem constitucional portuguesa contra a inconstitucionalidade dos atos normativos é a sanção de nulidade. Um ato normativo que não preenche os requisitos materiais, formais, orgânicos e procedimentais estabelecidos pela Constituição é um ato inválido, totalmente improdutivo (nulidade absoluta); a Constituição liga a certas irregularidades dos atos normativos uma sanção menos severa – a ineficácia. Quando os atos normativos reúnem todos os requisitos exigidos

²⁰⁶ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, p. 185;

²⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, 2002, p. 947-949.

para a sua perfeição (= validade), faltando-lhes, porém, elementos necessários à eficácia (ex: publicação), a sanção é a da ineficácia”.

Em seguida, aduz:

“À inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta. É possível fixar a inconstitucionalidade, mas com efeitos prospectivos ou pro futuro e não com efeitos retroactivos. É o que a doutrina designa por simples fixação de inconstitucionalidade. Nos tempos mais recentes, a declaração de incompatibilidade tem evoluído no sentido de sentença de bloqueio da aplicação da lei inconstitucional. Isto significa que a declaração de incompatibilidade fundamenta a não aplicação da lei até à emanção de um novo ato legislativo.

A legitimação para uma declaração de incompatibilidade é discutível, mas os efeitos que se pretendem obter com essa declaração podem alcançar-se com a fixação de efeitos mais restritos expressamente prevista no art. 282, n.º 4, da CRP”.

Acentua-se, com a assertiva, que a inconstitucionalidade afeta a validade da norma, que tem como pressuposto a conformidade com a Constituição. Assim, *“a invalidade aproxima-se da figura típica da nulidade, pois a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos ex tunc (...). Todavia, o regime de inconstitucionalidade não se encaixa plenamente na figura de nulidade, pois o TC pode alterar aquele regime, por exemplo, retirando-lhe os efeitos ex tunc à declaração de inconstitucionalidade ou anulando o efeito repristinatório (artigo 282, n.º 4)”*²⁰⁸.

Marcelo Rebelo de Sousa, discorrendo sobre a sanção que se empresta ao ato legislativo ou normativo declarado inconstitucional, ressalta que há nulidade quando faltam elementos essenciais do ato administrativo; há anulabilidade se o ato apenas apresenta alguns desvios quanto aos requisitos impostos por lei e relativos a elementos não essenciais ou é portador de vícios não conformáveis como ilegalidade. Diz, então:

“(...) o que distingue a nulidade da anulabilidade é o interesse prevalecentemente protegido (público ou privado). E, por interesse privado

²⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vidal. Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 275.

se deve entender não um interesse privado puro, mas um interesse privado social ou publicamente tutelável, o que não o transforma em interesse essencialmente da coletividade, antes significa que é um interesse que a coletividade acolhe por um ato público – constitucional ou legislativo – devido à sua consonância com os valores primordiais do ordenamento jurídico”.

Estabelecida esta premissa, o mencionado autor assevera que dentro da nulidade como dentro da anulabilidade é que poderá distinguir a nulidade típica da atípica, conforme a prevalência do interesse público a ser mitigado pela força do interesse privado ou a do interesse privado é atenuada pela afirmação do interesse público²⁰⁹. Portanto:

a) se primordial o interesse público do respeito da legalidade vigente, na sua vertente subjetiva de garantia dos direitos dos particulares ou na sua vertente objetiva, que só reflexamente se projeta em interesses legalmente protegidos dos administrados, o ato é nulo;

b) se primordial o interesse público da estabilidade e certeza nas relações entre particulares e Administração Pública ou o interesse público da continuidade da ação administrativa, essencial à afirmação da Administração Pública, à sua disciplina interna é à sua credibilidade e eficácia externa, o ato é anulável.

Prosseguindo, anota que:

“o interesse público da salvaguarda da legalidade, na sua vertente subjetiva de defesa dos direitos dos cidadãos, justifica a nulidade no caso da chamada violação de lei (vício de conteúdo) em que tais direitos fossem violados, e o interesse público primordial da tutela da legalidade, na sua vertente objetiva, explica a nulidade na usurpação do poder, na incompetência por falta de atribuições, e em certos mais graves de vício de forma e da chamada violação da lei”²¹⁰.

²⁰⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Editora Coimbra, 1ª edição, Lisboa, 1988, p. 214-215.

²¹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Editora Coimbra, 1ª edição, Lisboa, 1988, p. 222-226.

Em face desta assertiva, frisa ser adequado no âmbito do direito constitucional o critério do interesse predominantemente protegido ou tutelado para destringar o valor do ato inconstitucional e demarcar a distinção entre nulidade e anulabilidade. Recorda que no Direito Constitucional Português vigente o interesse público prevalecente é *“indiscutivelmente o da garantia da Constituição, naturalmente abarcando os valores nela consagrados”*, não se compreendendo que

“contra esses interesses possam prevalecer quaisquer outros interesses públicos – como, por exemplo, o da certeza e segurança do direito mesmo não aplicado (...), o da natureza do órgão fiscalizador da constitucionalidade ou da via adotada para essa fiscalização, transformando a intervenção de tal órgão em constitutiva e, podendo, assim, preservar os efeitos já produzidos pelo acto inválido; o da equidade ou mesmo um qualquer outro interesse público de excepcional relevo, repescando, também eles, efeitos jurídicos passados do acto inconstitucional e inválido.

Nenhum destes últimos interesses sobressai decisivamente perante o que exprime o princípio da constitucionalidade – a invalidade é nulidade e não anulabilidade.

No entanto, esses interesses, se não predominam nunca no confronto com o princípio da constitucionalidade, já podem ser tão relevantes que expliquem a mitigação ou atenuação da nulidade típica no Direito Constitucional Português. Daí que a invalidade nele consagrada seja a nulidade atípica, justificada nuns casos pelo interesse público da certeza e da segurança jurídicas, noutros pelas características do sistema de fiscalização da constitucionalidade, noutros ainda pela equidade ou por um qualquer interesse público de excepcional relevo na apreciação do caso considerado.

*(...) Dentro das nulidades, a que traduz a **ponderação, mitigada ou esbatida embora, de interesse público como o da certeza e segurança jurídicas, o da equidade, o que decorre do sistema de fiscalização da constitucionalidade adotada e ainda qualquer outro interesse público de excepcional relevo é a nulidade atípica.** Não estamos perante uma situação de equilíbrio entre os interesses públicos mencionados e o princípio da Constitucionalidade (...), mas em face da prevalência do princípio da Constitucionalidade, determinando a nulidade do acto inconstitucional, só que prevalência essa mitigada ou atenuada, de molde a conformar uma nulidade atípica. (...) A nulidade atípica é o valor do acto inconstitucional do poder político do Estado tal como ele é conformado pela própria Constituição da República Portuguesa”²¹¹. (grifo nosso)*

²¹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Editora Coimbra, 1ª edição, Lisboa, 1988, p. 230-234.

E concluindo, diz o autor:

“O que acontece é que a Constituição pode – ela própria – tomar certos tipos de actos inconstitucionais e paralisar a consequência natural dessa inconstitucionalidade – a invalidade dos actos considerados. Eles são inconstitucionais, mas a ponderação sobre-relevante de certos valores constitucionais aconselha o legislador constituinte a não os tratar como actos inválidos, no caso português, nulos atípicos.

Essa postura constitucional não é, de todo em todo, contraditória com o princípio da constitucionalidade. Antes o projecta, já que a conformidade com a Constituição, que aquele postula, abrange naturalmente a conformidade com a opção constitucional de não desvalorizar actos inconstitucionais, por entender que é mais negativa do que positiva essa desvalorização.

(...) Logo, a opção do legislador constituinte de submeter ou não a fiscalização de constitucionalidade certos tipos de actos do poder político do Estado (e, por conseguinte, de fazer corresponder à sua inconstitucionalidade a invalidade) é prévia em relação à opção de adotar como modalidade de invalidade a nulidade ou anulabilidade”²¹².

Não se pode pensar apenas em questão da segurança jurídica. Deve-se pensar num todo de princípios que envolvem a segurança jurídica, a ordem, a igualdade, o respeito à lei, todos vetorizados à condição primeira de todos os demais valores: a justiça. Não há, pois, como conceber que uma decisão fundada em valores constitucionais pudesse ser subjugada por atos judiciais outros que tiveram como causa de decidir legislação ou ato normativo cuja nulidade, *ipso iure*, fora reconhecida pelo órgão judicial competente.

Atente-se para o fato de o ordenamento jurídico brasileiro, bem assim a doutrina nacional, não tratarem da hipótese de nulidade atípica dos atos administrativos. Acolheu diversos critérios e diversas classificações: a invalidade em duas (nulidade e anulabilidade), três (nulidade, anulabilidade e irregularidade ou nulidade absoluta, nulidade relativa e irregularidade) ou até cinco (inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade e irregularidade). Embora haja diversidade de classificação, todas têm em

Nota: o autor referido diz que os constitucionalistas J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda cuidam da questão no âmbito das nulidades, não desenvolvendo a denominada “nulidade atípica”.

²¹² SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Editora Coimbra, 1ª edição, Lisboa, 1988, p. 241-242.

comum a invalidade ontológica, podendo vislumbrar, apenas a existência de intensidade de repulsa a que se submetem as categorias de atos inválidos²¹³.

Por outro lado, tem-se evidenciada a não opção do legislador constituinte de adotar como modalidade a anulabilidade do ato inconstitucional. Como antes demonstrado, em quatro oportunidades houve apresentação de proposta de inserção na Constituição Federal de dispositivo no sentido do diferimento dos efeitos do provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade, todas sem êxito. Manteve-se a tradição, assentada no sentido de que o ato normativo inconstitucional equipara-se ao ato nulo e *“a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio”*²¹⁴.

O legislador ordinário brasileiro, inspirado na disposição contida no artigo 282, nº 4, da Constituição da República de Portugal, transportou o para o artigo 27 da da Lei nº 9.868/99 a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade. Impunha-se, contudo, observar que à adoção de preceito ou de entendimento sobre certas questões assentadas no Estado constitucional estrangeiro no ambiente nacional é imprescindível o acertamento da convergência de identidade de conceitos, de institutos jurídicos, de construções dogmáticas, bem assim de princípios filosóficos e políticos, ante a compreensão de que o direito faz parte da vida dos povos.

4.4.1.3 – Modelo Espanhol

A Corte Constitucional espanhola, tendo em conta o disposto no artigo 165 da Constituição de 1978 dispondo sobre a possibilidade de delegação, passou a adotar a referida técnica a partir de 1989. Como se vê, todas as demais Corte constitucionais procedem à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com amparo em

²¹³ COUTINHO, Aldacy Rachid. A invalidade no processo do trabalho brasileiro. Curitiba: Dissertação de Conclusão do Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná - mestrado, mimeografado, 1993, p. 193-202.

²¹⁴ Ministro Celso de Mello, voto proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280-3/RJ, julgado em 12 de setembro de 2006.

outorga constitucional ou em autorização da Constituição para a edição de lei a tanto indispensável. Há ainda outro distingue a ser observado. Diferentemente do sistema declaratório de nulidade adotado pelo Brasil, o sistema adotado nesses Estados confere ao ato judicial proferido em sede de investigação de constitucionalidade a natureza constitutiva e revogatória da lei inconstitucional, decorrendo, dessa premissa, o efeito “*ex nunc*” do provimento jurisdicional, com início a partir da publicação do ato da Corte, se outro momento não for estabelecimento da parte dispositiva do julgado.

4.4.1.4 – Importância do direito comparado

Não se nega a importância da verificação do direito formal das gentes, do direito comparado, como “*parte da ciência jurídica que tem por objeto a comparação de direitos de diferentes países, sociedades, civilizações ou de épocas diversas com o objetivo de descobrir princípios comuns e diferenças e, excepcionalmente, quando possível, propor uniformizações jurídicas ou unificações de legislações*”²¹⁵. Por esse método comparativo compreende-se que o controle de constitucionalidade francês é realizado de maneira preventiva por um órgão especial denominado Conselho Constitucional, não detendo o Poder Judiciário a competência para o exercício do controle, sendo simplesmente um órgão aplicador da lei. O *Conseil Constitutionnel* é o guardião da Constituição; o sistema austríaco de controle de constitucionalidade se dá de forma concentrada, é exercido por um Tribunal Constitucional, os juízes não possuem competência para avaliar questões constitucionais e os tribunais inferiores, se entenderem inconstitucional determinada lei, deixam de aplicá-la, suspendendo o processo e submetendo a questão ao Tribunal Constitucional, que somente julgará a controvérsia relacionada à Constituição, devolvendo, em seguida, a matéria fática para a instância de origem; o ordenamento jurídico da Alemanha prevê o controle de constitucionalidade abstrato e difuso das normas, que é realizado somente pelo Tribunal Constitucional Federal. O controle em abstrato é exercido nos moldes do sistema austríaco, podendo ser provocado pelo Governo Federal, por um dos governos estaduais ou um terço dos membros do parlamento federal; o processo não é interrompido em caso de apresentação de pedido de desistência - haja vista o interesse

²¹⁵ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução à Ciência do Direito, Editora Saraiva, 1976, p. 31.

público na causa - e o Tribunal Constitucional não está adstrito à causa de pedir, podendo analisar todos os aspectos constitucionais da questão *sub judice*. O controle difuso realiza-se por meio da questão de constitucionalidade que é aferida pelo magistrado no decorrer de um processo e a referida autoridade judiciária, se considerar a lei inconstitucional, suspenderá o processo e submeterá a questão ao Tribunal Constitucional. No sistema alemão, ao contrário do modelo austríaco, todos os juízes podem aferir a inconstitucionalidade das leis, mas somente o Tribunal Constitucional pode declará-la.

É igualmente pelo método do direito comparado que se infere ser o modelo de controle da República Portuguesa constituído pela fiscalização preventiva da constitucionalidade, pela fiscalização concreta da constitucionalidade, pela fiscalização abstrata da constitucionalidade e a inconstitucionalidade por omissão. Quando preventiva, nos termos do artigo 278 da Constituição Portuguesa e nos moldes do sistema francês, o ato normativo é enviado ao Tribunal Constitucional, antes da promulgação, para que avalie a constitucionalidade. A norma – ainda não promulgada – se declarada inconstitucional e for mantida pela Assembléia da República (Constituição da República de Portugal, artigo 279), poderá ser reapreciada em eventual controle repressivo de constitucionalidade. O controle abstrato das normas é realizado por um Tribunal Constitucional à semelhança do modelo austríaco, mas o Poder Judiciário como um todo detém competência para apreciar questões constitucionais, embora a declaração definitiva esteja a cargo do Tribunal Constitucional, pois é cabível recurso para essa Corte das decisões de 1º e 2º grau que recusem a aplicação de qualquer lei com fundamento em inconstitucionalidade, apliquem diploma legal cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou que faça incidir lei anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional. Por fim, a inconstitucionalidade por omissão (Constituição da República de Portugal, artigo 283), em relação às medidas legislativas necessárias para tornar exigíveis as normas constitucionais. Declara-se a inconstitucionalidade por omissão, dando ciência ao órgão legislativo competente.

Assim também pela via do Direito Comparado tem-se o conhecimento do sistema de controle da constitucionalidade exercido nos Estados Unidos da América, no

qual não se concebe o controle abstrato de normas e todos os juízes detêm competência para avaliar a constitucionalidade de uma lei em face da Constituição, decisão que, pela via do recurso, poderá ser submetida ao crivo da Suprema Corte.

Considerado como produto peculiar da história de cada povo, o direito conservou durante algum tempo um caráter nacional. A dinâmica da vida e o conhecimento de outros sistemas legislativos de distintas nações podem influir e modificar, em algum sentido, a visão unitária, conseqüência da diversidade de direitos admitidos em cada ambiente. Faz-se, desse modo, a complementação jurídica, observando-se a realidade de cada povo. O exame comparativo do direito público pode vir a se constituir em uma fonte de respostas e de inovação.

A ciência jurídica, de fato, não pode ficar enclausurada na fronteira de um Estado. O nacionalismo jurídico poderá converter-se em empobrecimento do ordenamento jurídico interno. No entanto, o fato de admitir-se a possível contribuição do direito comparado ao ordenamento nacional não dispensa a necessária verificação do sistema jurídico alienígena, utilizando-se do método de agrupamento do direito vigente nos diversos Estados, tendo presente o escopo de identificar traços e pontos comuns. O sistema constitucional surge como expressão elástica e flexível, que permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social que ela reflete. Desse modo, a terminologia *sistema constitucional* não é gratuita, pois induz à totalidade de força e forma política a que uma Constituição necessariamente se acha vinculada. À adoção de preceito ou de entendimento jurisprudencial de questões assentadas no Estado constitucional estrangeiro, no ambiente nacional, é imprescindível a convergência de identidade de conceitos, de institutos jurídicos, de construções dogmáticas, bem assim de princípios filosóficos e políticos, ante a compreensão de que o direito faz parte da vida dos povos e o Direito Constitucional ostenta, positiva ou negativamente, as particularidades de uma convivência política, de uma cultura, de um ambiente humano, de uma história situada, não

sendo a tanto suficiente a proximidade ideológica ou a afinidade de sistemas políticos e econômicos²¹⁶.

O estudo dos direitos estrangeiros é fonte de enriquecimento cultural e contribui para o melhor conhecimento do direito nacional e induz ao aperfeiçoamento. O direito comparado é fonte para conhecimento da justificação do modelo jurídico adotado, razão por que não há de ser tomado, com toda ênfase, no sentido de se justificar ou de se criticar o direito interno, sem que se tenha em consideração outros fatores. O cientista do direito comparado há de estar investido de um conjunto de noções e dados pertencentes a diversos sistemas jurídicos, há de saber colocá-los em confronto, computando as diferenças e semelhanças, pois a asserção não é tautológica e o exercício da comparação não se fundamenta em orientação que exija montagem ou mero acoplamento. Há de se ter em conta a diversidade e pluralidade de sistemas normativos e as instituições e institutos não existem comumente em todos os direitos dos povos e os ordenamentos concentram-se em formantes distintos, como observa Rodolfo Sacco²¹⁷:

“O jurista envolvido com um ordenamento diferente do seu muitas vezes tem dificuldades de percepção em relação aos formantes que não existem no seu sistema. Assim, por exemplo, os juristas anglo-americanos têm se mostrado impacientes e desconfiados diante das declarações ideológicas das leis socialistas, e diante das categorias dogmáticas (= definitórias) socialistas ligadas ao formante ideológico e Del dependentes. O jurista francês custa a colocar em seu devido lugar a ‘dogmática’ alemã, e a confunde com uma (má) filosofia destituída de interesse para o jurista”.

O estudo centrado na comparação dos direitos alienígenas reclama a leitura da vivência dos povos, dos costumes e das práticas usuais. É tema da história, que vem compor o discurso da justificação dos modelos jurídicos. E, por confundir-se com enredo histórico impõe-se o exame com maior cautela, pois no uso da história pelo direito tem-se o perigoso jogo dos conceitos, de definições e de determinações, dos quais poderia valer-se o jurista para justificar, no presente, o modo de atuação e, desse modo, o direito comparado

²¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo, Editora Del Rey, 13ª edição, revista, atualizada e ampliada, Minas Gerais, 2007, p. 24-27.

²¹⁷ SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89.

correria o risco de ser apoderado pelo jurista, que dele se serviria para justificar ou criticar o direito nacional, sem levar em consideração outros fatores, como os institutos, as instituições, a diversidade da história dos povos e o idioma.

Marcelo Rebelo de Sousa²¹⁸ observa que aos sistemas de fiscalização da constitucionalidade têm sido ensaiadas as mais diversas classificações, atendendo às modalidades das condutas apreciadas, à relação entre o momento do início do processo de fiscalização e o da eventual ou da efetiva entrada em vigor do ato, à organização consagrada para a fiscalização da constitucionalidade; à via adotada para desencadear o processo e à forma de intervenção dos órgãos - ou órgão - competentes para a apreciação da inconstitucionalidade. Acrescenta à definição de inconstitucionalidade - e as respectivas modalidades -, o sistema de fiscalização da constitucionalidade, o do valor da conduta inconstitucional e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Para o referido autor, a natural interdependência conceitual entre a definição de inconstitucionalidade, os efeitos da aludida inconstitucionalidade em termos de valor da conduta e outros efeitos paralelos, os meios de apuração da desconformidade não impedem que se possa abordar, autonomamente, qualquer dos planos. Exige-se, contudo, que se tomem em devida conta as influências recíprocas onde elas existam, ante o fato de ser possível que o valor da conduta tida como inconstitucional varie de modelo para modelo de fiscalização adotado, quer em termos de via de impugnação admitida, quer de natureza da atuação do órgão ou órgãos que verificam a existência da inconstitucionalidade. A definição de inconstitucionalidade vem estabelecida e tem a devida expressão dentro de certo ordenamento jurídico e é nesse contexto que deve ser analisada, porquanto os contornos variam de Direito para Direito.

O autor não suprime a possibilidade de uma averiguação de Direito Comparado. O que critica é a possibilidade de uma teorização da matéria que viesse abstrair a formulação estabelecida no ordenamento jurídico. Aduz, por conseguinte, ser

²¹⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Editora Coimbra, 1ª edição, Lisboa, 1988, p. 23-28.

viável e interessante a comparação entre diversos ordenamentos, permitindo-se a visitação no ambiente das diferentes famílias de Direito Constitucional. Adverte, contudo:

“(...) por muito importantes que sejam as achegas da doutrina e da jurisprudência alheias, elas só nos importam se se mostrarem de alguma utilidade enunciativa, integrativa e até criativa tendo em vista a especificidade do Direito Constitucional (...). Tão provinciana é a postura científica que abstraia do conhecimento adequado do Direito estrangeiro como a atitude que sujeite por inteiro o estudo do Direito nacional à importação subserviente do Direito estrangeiro”.

Menelick de Carvalho Netto²¹⁹ pondera que não pode ser olvidada a história constitucional brasileira, fortemente haurida com mais de cem anos de prática de controle de constitucionalidade. Mudar a história, o passado e a tradição são plenamente possíveis, mas a evolução deve ser reflexivamente conduzida, a fim de evitar-se a colonização do discurso da jurisdição constitucional.

4.4.2 – A jurisprudência americana

A orientação do Supremo Tribunal Federal, como antes anotado, é no sentido de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição²²⁰. O dogma da nulidade da lei inconstitucional *“pertence à tradição do Direito brasileiro e essa teoria tem sido sustentada por praticamente todos os importantes constitucionalistas”*²²¹, pois, o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição²²².

Tendo em mira a legislação aplicada e os eventuais direitos concretizados à luz da lei declarada inconstitucional, parte da doutrina vem sustentando a necessidade de

²¹⁹ CARVALHO NETO, Menelick. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: Constituição e Democracia (Organização: Antonio G. Moreira Maués), Editora Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 230.

²²⁰ Representação de Inconstitucionalidade nº 980, relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 96/496-508; Recurso Extraordinário nº 103.619, relator Ministro Oscar Corrêa, acórdão publicado na Revista de Direito Administrativo nº 160, p. 80 e seguintes.

²²¹ BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*, p. 70-71.

²²² BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 128-132.

serem adotadas fórmulas intermediárias entre a nulidade e a declaração de constitucionalidade²²³, acenando com a observância dos princípios fundamentais do Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica e o princípio da boa-fé, o que afastaria “a imposição obrigatória da sanção de nulidade, com efeitos *ex tunc*”, pois estaria o Supremo Tribunal autorizado “a estabelecer, discricionariamente, tendo como balizas os conceitos indeterminados de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (...), que sua decisão, em certos casos, tenha eficácia em momento posterior à vigência da norma declarada inconstitucional”²²⁴ (grifo do original). Ter-se-ia consagrada “a tese, já defendida por alguns no passado, em sede doutrinária, segundo a qual a decisão de inconstitucionalidade tem natureza constitutivo-negativa, e não apenas declaratória, como se entendia tradicionalmente, a partir de uma interpretação clássica do princípio da supremacia (...) dos dispositivos constitucionais.”²²⁵.

No afã de viabilizar no sistema brasileiro a inserção da técnica de limitação dos efeitos do ato declarado inconstitucional, põe-se à frente a doutrina e a dogmática acolhida nos Estados nos quais expressamente há previsão constitucional a legitimá-la. Para repelir possíveis alegações no sentido de que o sistema de controle da constitucionalidade do Brasil tem fundamento na doutrina adotada pelos Estados Unidos da América onde impera o efeito da nulidade do ato inconstitucional, argumenta-se que naquele Estado passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade²²⁶ - exceções no Direito americano que *Willoughby*²²⁷ classificou de “*an illogical and ill-considered one*”. Desse modo, em virtude do vínculo

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 264; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo, 2008, p. 1265-1272.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade – ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme à Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 34-35.

²²⁴ MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, voto-vista no Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, julgado em 25 de junho de 2007, devendo ser observado que, embora voto vencido quanto à modulação de efeitos naquele caso, a motivação acima transcrita não foi rechaçada pela Corte.

²²⁵ MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, voto-vista no Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, julgado em 25 de junho de 2007. Vide observação da nota de rodapé 217.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 265-266.

²²⁷ WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitution Law of the United States*, 2 volume, editora Baker, Nova Iorque, 1910, p. 2.

histórico com a doutrina americana e tendo presente a evolução dogmática então ocorrida, pretende-se a criação de um liame capaz de legitimar no sistema brasileiro a técnica de limitação, ou modulação, dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucional.

Aponta-se que a Suprema Corte americana vem considerando o problema da eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade em decisões proferidas nos processos criminais. É o que teria ocorrido no caso "*Linkletter versus Walker*", no qual realçado o sentido de que a Constituição "*nem proíbe nem exige efeito retroativo*". Ante a assertiva de que "*a Constituição federal nada diz sobre o assunto*", a Corte tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de "*política judiciária*"²²⁸, a ser decidido, novamente, em cada caso.

No caso judicial referido, *Linkletter* havia sido condenado com base em sistema de colheita de provas que, posteriormente, a Suprema Corte, veio a considerar contrária ao princípio do "*due process of law*" - a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree*). Em razão desse fato, *Linkletter* pediu a revisão do caso julgado, tendo como causa de pedir o que decidido, em 1961, no caso "*Mapp versus Ohio*", no qual a Suprema Corte - superando a doutrina estabelecida em outro caso, o "*Wolf versus Colorado*" (1949) - reconheceu que, em consonância com a 4ª Emenda à Constituição americana, a prova obtida ilegalmente não seria admissível em juízo penal. Inúmeras petições de *habeas corpus* foram apresentadas com o objetivo de assegurar a aplicação retroativa do novo precedente²²⁹. Adveio daí a afirmação do Juiz Clark de que as regras fixadas no caso "*Mapp versus Ohio*" tiveram por escopo desestimular as ações ilegais da polícia, proteger a privacidade das vítimas e ensejar que os órgãos federais e estaduais operassem com base nos mesmos padrões jurídicos. Dessa maneira, conferir efeitos retroativos à decisão acabaria por quebrantar a credibilidade depositada pelos órgãos do Estado na orientação judicial estabelecida no caso "*Wolf versus Colorado*", além de sobrecarregar os trabalhos concernentes à administração da Justiça. Assim, o pedido de *Linkletter* foi negado pela Suprema Corte, sob o argumento de que a pretensão formulada -

²²⁸ TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988, p. 30.

²²⁹ SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente em el Common Law*, Madri, 1995, p. 173-174.

a aplicação retroativa do precedente em que declarada a inconstitucionalidade, o efeito retroativo da declaração judicial de inconstitucionalidade - não encontrava fundamento na Constituição.

Surge daí a assertiva de o sistema difuso e incidental americano haver admitido a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em determinados casos, ter acolhido a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito prospectivo²³⁰, presente o fato de no caso *Linkletter* a Corte Suprema haver conferido à questão da retroatividade o tratamento de assunto puramente de “*política judiciária*”²³¹. Nesta decisão, proferida no ano de 1965 e transformada em *leading case*, a Suprema Corte americana teria proclamado o entendimento de que “*a retroatividade ou prospectividade dos efeitos da declaração judicial relativa à inconstitucionalidade de lei não expressa um comando constitucional, o que significa dizer que os efeitos ex nun ou ex tunc não têm origem na Constituição americana, sendo uma questão do judicial policy, sujeita, por conseguinte, a livre valoração jurisdicional a ser feita em cada caso concreto*”.²³² Esse entendimento externado no julgamento “*Linkletter*” foi adotado no caso “*Stevall versus Denno e Gedeão*”.

A Suprema Corte americana teria reconhecido que “*a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos do judicial review não corresponde a um princípio exarado na Constituição, mas a uma prática jurisprudencial, que pode ser alterada, portanto, pela própria jurisprudência, se necessário*”²³³. Em virtude dessa compreensão, firmou-se a seguinte assertiva²³⁴:

“A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (limited retrospectivity), a superação prospectiva (prospective overruling), que tanto pode ser limitada (limited prospectivity), aplicável aos processos

²³⁰ SESMA, Victoria Iturralde. Ob. cit., p. 173.

²³¹ TRIBE, Laurence. *The American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, p. 30.

²³² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102-DF, relator Ministro Maurício Corrêa, Plenário do Supremo Tribunal Federal, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 1995.

²³³ BARROS, Sérgio Rezende de. O Nó Górdio do Sistema Misto, in “*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análise à Luz da Lei 9.882/99*”, Ed. Atlas, 2001, p. 180.

²³⁴ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*, Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2001, p. 173.

iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (pure prospectivity), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem”.

De fato, não é possível deixar ao largo os precedentes jurisprudenciais então assentados pela Corte americana, no que concerne aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo. Estudiosos do direito constitucional têm se valido dessa argumentação, bem assim o Supremo Tribunal Federal ao fundamentar as decisões nas quais procede à modulação dos efeitos do provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade²³⁵.

É tradição nos sistemas jurídicos da *Common Law* o entendimento de que as decisões das Cortes Superiores, em decorrência do efeito emanado do princípio do *stare decisis*, têm efeito retroativo e vinculante, sendo essas aplicáveis a todos os casos e situações idênticas. A tradição americana foi abruptamente interrompida no direito dos Estados Unidos em 1965, no auge do chamado ativismo judicial da Corte Warren, quando a Suprema Corte julgou o caso *Linkletter versus Walker*. Na oportunidade, ter-se-ia introduzido no sistema jurídico americano a extraordinária possibilidade de se conferir efeitos prospectivos às decisões finais da Corte – a modulação dos efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade, procedendo-se à relativização da regra cogente da retroatividade do ato declaratório de nulidade.

Maurice Hauriou²³⁶ anota que as instituições representam no direito, como na história, a categoria da perpetuação, da continuidade e da realidade, que foi se organizando lentamente. A personificação da instituição traz em si, incorporada, a continuidade da idéia em estado subjetivo, o que representa no direito, o caráter de perpetuação, da continuidade e da realidade verificada

²³⁵ RE nº 197.917/SP, relator Ministro Maurício Corrêa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de maio de 2004; RE nº 442.683/RS, relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 13 de dezembro de 2005; RE nº 559.943/RS, relatora Ministra Cármen Lúcia, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 25 de setembro de 2008; RE nº 556.664/RS, relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 13 de novembro de 2008; ADI nº 2.501/MG, relator Ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 18 de dezembro de 2008; ADI nº 3.660/MS, relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 8 de maio de 2008; ADI nº 3.458, relator Ministro Eros Grau, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 16 de maio de 2008.

²³⁶ HAURIUO, Maurice. La Teoría de la institución y de la fundación, Editora Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 30-66.

No caso, teria havido o rompimento abrupto da regra da retroatividade das decisões judiciais, tradição americana, datada de 1803. Entretanto, conquanto parecesse revolucionário e, conseqüentemente, imprimisse alterações substantivas atinentes à compreensão dos efeitos da declaração de nulidade do ato legislativo e normativo incompatíveis com a Constituição, o precedente do caso *Linkletter versus Walker* não pôde manter-se hígido e perdurou apenas por 22 anos. A Suprema Corte americana, em 1987, retomou a tradição da plena retroatividade das decisões proferidas no controle de constitucionalidade para os casos criminais pendentes no julgamento “*Griffith versus Kentucky*”²³⁷. E a partir de 1993 a Suprema Corte assentou que às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em **casos civis** deveria também ser conferido o efeito retroativo, próprio e decorrente da declaração de nulidade da lei ou ato normativo incompatível com a Constituição Federal. O entendimento foi externado no julgamento do caso “*Harper versus Virginia Department of Taxation*”²³⁸. A retomada dos efeitos tradicionais da decisão declaratória de inconstitucionalidade baseou-se em duas normas básicas da Constituição:

- 1) a natureza do controle judicial não permite a um tribunal ocupar a prerrogativa legislativa de fazer regras de direito retroativas ou prospectivas ao seu arbítrio;
- 2) a aplicação seletiva das novas regras viola o princípio de tratar partes semelhantes da mesma forma.

Assente, pois, que o caso “*Linkletter versus Walker*”, no qual se fundava a Corte americana para imprimir efeito prospectivo à declaração judicial de inconstitucionalidade, não é mais precedente a ser adotado para a solução de controvérsias submetidas à apreciação da Suprema Corte, mas, sim, o caso “*Griffith versus Kentucky*”, que restaurou a retroatividade plena. Nesse julgamento, como destacado acima, a Suprema Corte teve presente a preocupação com a quebra do princípio da igualdade, o que se pôde

²³⁷ STEPHENS, Pamela J. “The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis” - artigo publicado in “Syracuse Law Review”, volume 48, p. 1515-1574, United States, 1998, contendo o subtítulo: “The Devolution of Retroactivity Doctrine”.

²³⁸ ROSENN, Keith. Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada, in coletânea Direito Constitucional em Evolução – Perspectivas, coordenada por Paulo Gomes Pimentel Júnior, Editora Juruá, Paraná, 2006, p. 123-151.

vislumbrar pelos pronunciamentos marcadamente impregnados do sentimento de repulsa “à aplicação seletiva de princípios constitucionais” e à ruptura do sistema de tripartição no exercício de poderes estatais, quando, no exercício do controle da constitucionalidade se “permite a um tribunal ocupar a prerrogativa legislativa de estabelecer regras de direito retroativas ou prospectivas a seu arbítrio”.

Ainda sobre o tema, e na esteira do raciocínio desenvolvido pela Suprema Corte americana, cumpre também dar relevo a entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal²³⁹:

“(…)

A lei inconstitucional, por ser nula e, conseqüentemente, ineficaz, reveste-se de absoluta inaplicabilidade. Falecendo-lhe legitimidade constitucional, a lei se apresenta desprovida de aptidão para gerar e operar qualquer efeito jurídico. ‘Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula’ (RTJ 102/671).

A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anteriores. A decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de uma lei, decreta-lhe a invalidade e a conseqüente ineficácia de ordem jurídica, que se projeta e atinge todos os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar.

(…)

O que não se pode admitir [...] e que esta Corte, em sede de jurisdição constitucional concentrada, atue normativamente, criando, ela própria, uma regra jurídica que preencha eventual ‘vacuum juris’ ocasionado pela declaração de inconstitucionalidade do ato estatal impugnado.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião maior da intangibilidade da ordem constitucional, não pode, nesse contexto, erigir-se à condição de órgão estatal substituto do Poder Legislativo.

O reconhecimento dessa possibilidade, acaso admitida fosse, implicaria transformar o Poder Judiciário, no plano do controle concentrado de constitucionalidade, em legislador positivo, condição que este próprio Tribunal tem-se recusado a exercer (RTJ 126/48).

O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua como verdadeiro legislador negativo, pois a declaração de inconstitucionalidade em tese somente encerra, em se tratando de atos (...) inconstitucionais, um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de

²³⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 513-8, relator Ministro Célio Borja, Plenário do Supremo Tribunal Federal, acórdão publicado no Diário da Justiça de 30 de outubro de 1992 – excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello.

rejeição deferida à Corte, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política.

(...)

De outro lado, é preciso acentuar que se revela de todo inaplicável ao sistema de direito constitucional positivo nacional a chamada doutrina prospectiva, preconizada pela Advocacia-Geral da União e enfatizada por EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, eminente Professor da Universidade Complutense de Madrid (RDP, vol. 92/5), a partir (1) da experiência constitucional norte-americana – de que é exemplo marcante a decisão da Suprema Corte, em 1965, no caso ‘Linkletter’ –, (2) da experiência constitucional da Comunidade Européia – de que são modelos exemplares as decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias no caso ‘Defrenne’, em 1976, e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso ‘Markx’, em 1979 – e (3) da própria experiência constitucional espanhola, de que é expressão relevante a Sentença nº 45, proferida em 1989 pelo Tribunal Constitucional do Reino da Espanha.

A teoria da prospectividade da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade – verdadeiro tema ‘de jure constituendo’ – não encontra apoio em nosso sistema jurídico, pois, no Brasil – e este particular aspecto da questão tem sido amplamente ressaltado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – o pronunciamento desta Corte, em sede jurisdicional concentrada, é genérico, vinculante, obrigatório, além de retroagir, em seus efeitos, e conseqüências, até o nascimento da própria norma impugnada (RTJ 82/791, 87/758, 89/367): ‘Declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ela alcança, inclusive, os atos do passado praticados com base nessa lei’ (RTJ 19/127).

Saliente-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já repeliu, expressamente, a possibilidade de, ele próprio, estabelecer os limites e a extensão dos efeitos do seu ato declaratório de inconstitucionalidade (RTJ 82/791-796)”.

Como demonstrado, diversas e infrutíferas foram as tentativas de inserir na Constituição do Brasil dispositivo a autorizar o Supremo Tribunal Federal a proceder à limitação dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A adoção da técnica de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade com base no direito comparado também não dispensava severas precauções, pelo fato de as Constituições ou a Lei Fundamental de Estados estrangeiros previrem atribuição nesse sentido à Corte Constitucional ou dispuserem sobre outorga ao legislador ordinário para disciplinar a matéria, seja por via de lei ou de regulamentação de processos à Corte afetados. Ademais, considerando o direito positivado, não se apresentava admissível se utilizar de empréstimo da legislação de além-território nacional. O direito

estrangeiro, se adequado ao sistema do Estado que o toma em comparação, pode servir de modelo ou de inspiração para se proceder à adaptação da legislação interna, mas não para, desde logo, servir de fundamento no exame e na solução das controvérsias nacionais. Por fim, é certo não serem poucos os julgados e os constitucionalistas a sustentarem a legitimidade do Supremo Tribunal para imprimir ao ato declaratório de inconstitucionalidade os efeitos não retroativos, mas prospectivos, tendo em conta jurisprudência firmada pela Corte americana nos idos de 1965 – o caso “*Linkletter versus Walker*”. Esse precedente, contudo, foi suplantado por outro proferido em 1987 - “*Griffith versus Kentucky*”, que restaurou a retroatividade plena - bem assim por outros relacionados à questão de natureza civil, administrativa e tributária. O antigo precedente da Corte americana, como se viu, há muito não se presta a fundamentar ou justificar a adoção pelo Supremo Tribunal Federal de efeitos diversos do retroativo ao provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade.

O Plenário do Supremo Tribunal, consoante excerto de voto acima transcrito, assentou que a teoria da prospectividade da eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade é tema de *jure constituendo* e não encontra apoio em nosso sistema jurídico. No Brasil, o pronunciamento da inconstitucionalidade pelo Supremo, em sede jurisdicional concentrada, é genérico, vinculante e obrigatório.

O dogma da nulidade da lei inconstitucional “*pertence à tradição do Direito brasileiro e essa teoria tem sido sustentada por praticamente todos os importantes constitucionalistas*”²⁴⁰. O reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional implicaria suspensão provisória ou parcial da Constituição²⁴¹, com ofensa ao princípio da legalidade estrita.

²⁴⁰ BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in *Trabalhos Jurídicos*, p. 70-71.

²⁴¹ BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 128-132.

4.4.3 – Supremo Tribunal Federal. Modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade. Competência atribuída via lei ordinária. Legitimidade.

Rui Barbosa²⁴², em defesa apresentada em 1895 no processo que teve curso perante o “*Juízo Seccional dos Condemnados pela amnistia*”, pontificou:

“É ordinariamente por cláusulas distributivas, e não por disposições negativas, que as constituições repartem a autoridade entre os poderes, e asseguram os direitos aos indivíduos. Quando se delega a um dos poderes constitucionais a função legislativa, a outro a judiciária, não se há mister que ao primeiro fique expressamente vedado sentenciar causas, ao segundo fazer leis. A adjudicação de prerrogativas diferentes a entidades distintas imprime ipso facto o caráter de usurpação ao ingresso de uma no domínio de outra. Toda disposição imperativa envolve a proibição de tudo o que a contrarie, frustre, ou iluda. A estrutura do governo, a própria outorga do poder legislativo, a organização do executivo, a instituição dos tribunais mais importantes criam limitações à autoridade da legislatura, tão positivas como a proibição estivesse expressa caso por caso. Daí o corretivo da nulidade, impendente sempre a essas incursões de um poder na área constitucional do outro. Sendo necessariamente inconstitucionais as invasões de um ramo da autoridade por outro, os atos desse gênero são de seu princípio nulos”.

Em diversas oportunidades pretendeu-se, sem êxito, inserir ou emendar a Constituição Federal e, assim, outorgar ao Supremo a competência para, de modo discricionário, estabelecer outros efeitos – não só o retroativo – ao provimento declaratório de inconstitucionalidade. Desse modo, indaga-se se legítima a inserção dessa competência no ordenamento jurídico brasileiro pelo legislador ordinário, a implicar modificações no âmago do sistema estabelecido pela Constituição Federal e se seria admissível supor que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a vontade própria à de seus constituintes. Presente o princípio da legitimidade, segundo o qual uma norma só deve ser posta em vigor pelo órgão competente, isto é, pelo órgão que para tal recebeu poder de uma norma superior, há de ser perquirido se o legislador ordinário poderia dispor sobre a limitação ou modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade.

²⁴² BARBOSA, Rui. *Amnistia Inversa*, Editora Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1898, p. 103-104.

O entendimento doutrinário e o elemento histórico da formação brasileira, contudo, não constituiu óbice à apresentação de projeto de lei submetido pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, visando o estabelecimento, por legislação ordinária, “*de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade*”, sob o argumento da “*necessidade de uma nova forma de censura para atender os casos especiais, quanto com base em um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica*”²⁴³. O projeto de lei recebeu o nº 2.960, de 1997 e no artigo 27 - cuja redação foi inspirada no artigo 282, nº 4, da Constituição da República de Portugal - fez-se a fórmula para proceder à modulação, a manipulação ou a limitação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade²⁴⁴. No debate que se travou no Senado Federal, deu-se relevo ao caso americano *Linkletter versus Walker*, ao que se contém na doutrina espanhola como exposto por Garcia de Enterría, à previsão contida na Lei Fundamental e na Lei Orgânica da Corte Constitucional da Alemanha, à Constituição austríaca e, por fim, ao contido na Constituição portuguesa.

Sobre a importância do direito comparado frente ao sistema constitucional brasileiro já se discorreu acima. O mesmo se diz quanto à insubsistência do precedente americano surgido no ano 1965, que conheceu o ocaso em 1987. Certo é, no entanto, que o referido projeto foi aprovado, dando ensejo à Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. O que não foi admitido via emenda à Constituição Federal de 1946, via propostas modificativas do sistema no Congresso Constituinte de 1985 a 1988, bem assim no

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 264.

²⁴⁴ Sobre o tema, que fora pinçado da Constituição da República de Portugal para a legislação ordinária brasileira, é importante trazer à colação as observações do constitucionalista português Jorge Miranda, in *Manual de Direito Constitucional*, 2ª edição, Tomo VI, Editora Coimbra, Coimbra, 2002, p. 290:

a) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de declaração de norma violadora de direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio;

b) não pode o Tribunal Constitucional fazer acepção de pessoas ou de situações objetivamente não fundadas, porque tal infringiria o princípio da igualdade;

c) não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos da declaração de norma constante de lei do Estado ou de convenção internacional em razão do território - região autônoma -, porque tal agrediria a estrutura unitária do Estado e, de novo, o princípio da igualdade;

d) não pode o Tribunal Constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos porque tal brigaria com o próprio princípio da constitucionalidade;

e) não pode haver limitação de efeitos de inconstitucionalidade quanto a actos normativos juridicamente inexistentes.

Congresso Revisor de 1994, fez-se pelas mãos do legislador ordinário, com desprezo à interpretação conferida pelo guardião da Constituição - o Supremo Tribunal Federal - no sentido de ser de hierarquia constitucional o postulado de nulidade da lei incompatível com a Constituição, razão pela qual a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional não prescindiria de justificativa com fundamento em norma constitucional expressa, disposição inexistente no Direito brasileiro.

Dispõe o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 que “*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou declarar que ele só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”.

Conquanto não tenha suprimido a regra do efeito “*ex tunc*” do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade, a lei veio conferir ao Supremo *poder* para, após a declaração de inconstitucionalidade, atribuir valor à referida lei ou ao ato normativo e, em razão dessa valoração, dispor, discricionariamente, a respeito da aplicação e da limitação do tempo de permanência desses no sistema jurídico. Sob o calço da proteção à segurança jurídica e ao excepcional interesse social e a despeito do dogma da supremacia da Constituição, estar-se-á permitindo a sobrevida da eficácia de legislação com ela declarada incompatível.

Diversas são as questões que a previsão legal da competência atribuída ao Supremo para modular efeitos da declaração de inconstitucionalidade faz suscitar. Poderia ser perquirido se, por lei ordinária, não se estaria inaugurando novo sistema de controle da constitucionalidade, ora estabelecendo a supremacia da Constituição, ora a prevalência da lei em relação aos ditames constitucionais, tendo em conta a teoria dos fatos consumados, adotando-se, em caráter absoluto, a presunção de constitucionalidade das leis. Admissível a indagação se a lei estaria transmudando o processo objetivo de controle de constitucionalidade – via direta de ação – em processo objetivo-subjetivo, ao prever a

dualidade de partes dispositivas tão contrapostas no ato judicial declaratório de inconstitucionalidade. Por fim, se o dogma da supremacia das normas constitucionais estaria sendo mitigado, para assim atribuir ao Supremo Tribunal o poder de dispor que, mesmo declarada inconstitucionalidade, a lei ou ao ato normativo ora seria tido como nulo, ora como meramente anulável.

Em relação ao controle de constitucionalidade, a questão dos efeitos está relacionada com a definição da natureza da declaração. À lei ou ao ato normativo assim declarado imputava-se a eiva de nulidade ou de anulabilidade, se adotado o sistema norteamericano de controle da constitucionalidade vindo ao Brasil pelas mãos de Rui Barbosa ou aquele inaugurado por Hans Kelsen na Áustria. Compreende-se que, embora a tanto não tenha avançado, o legislador pretendeu afastar-se do modelo absoluto de “*nulidade do ato declarado inconstitucional*”, para, em virtude das razões e motivações previstas na referida lei, admiti-lo como ato meramente anulável. Embora se afirme ainda prevalecer como regra o efeito “*ex tunc*” da decisão declaratória de inconstitucionalidade, certo é que os termos indeterminados contidos na lei darão ensejo à conversão da exceção em regra - do nulo em anulável -, pois as locuções verbais – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social – viriam fortalecer a “*tendência no sentido de se identificar na Constituição toda e qualquer assertiva que legitime a aplicação do direito inconstitucional, fortalecendo a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade confere efetivamente ao Tribunal uma discricionariedade da sanção*”²⁴⁵.

Que razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social apresentar-se-iam suficientes o bastante para tornar insubsistente o dogma da supremacia da Constituição, da Constituição como lei fundamental e fonte de legitimação dos atos legislativos e normativos? Como supor a observância do princípio da legalidade estrita, com o repúdio, ainda que temporário, da Lei das leis? Razões e direitos do Estado poderiam ser suscitados como motivação a tanto capaz de submeter a Constituição?

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 229.

Nos Estados nos quais é dado à Corte Constitucional proceder à limitação dos efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade, a competência é outorgada pela Constituição ou o referido Diploma autoriza o legislador a discipliná-la. Ambas as situações não estão previstas no sistema brasileiro. Indaga-se, por isso, se sobre o dogma da nulidade do ato inconstitucional teria o legislador poder de conformação; se poderia ele, ainda que momentaneamente, afastar a força normativa da Constituição e se se apresenta admissível haurir do preceito legal em comento a institucionalização da faculdade de, em controle de constitucionalidade, dar-se proeminência ao pragmatismo judiciário.

Hans Kelsen²⁴⁶, presente a dinâmica jurídica, afirma que *“uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, representando esta outra norma o fundamento de validade daquela”*. Esse entendimento conduz à assertiva de que, se uma lei é válida, o é com fundamento na Constituição. Dizer que uma norma é válida significa que ela foi elaborada conforme o procedimento estabelecido pelo sistema. Assim, tendo em conta a hierarquia que permite um escalonamento normativo num sistema jurídico, válida é a norma produzida em conformidade com a norma superior de tal sistema²⁴⁷. Uma norma, cuja criação não é determinada, de modo algum, por outra norma não pode pertencer à ordem jurídica alguma. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica que personifica o Estado, é uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma é determinada por outra, que é determinada também por outra e, assim, o regresso que se faz é finalizado por uma norma fundamental, o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira e que constitui o ponto de unidade do sistema²⁴⁸.

²⁴⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado, 6ª edição, Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 309-310.

²⁴⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2001, p. 70.

²⁴⁸ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado: A hierarquia das normas. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 180-198.

É possível dizer, então, que a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou, no dizer de Konrad Hesse²⁴⁹, a ordem jurídica fundamental da comunidade, acrescentando, ainda, que ela estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do ordenamento jurídico, determinando-lhe amplamente o conteúdo, bem como se converte em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade no conjunto, no seio do qual vem a impedir tanto o isolamento do Direito Constitucional de outras parcelas do Direito, como a existência isolada dessa parcela do Direito em si.

A Constituição é o complexo de norma jurídica fundamental - escritas ou não - capaz de traçar as linhas mestras do ordenamento. Nela estão expressos os pressupostos jurídicos básicos e indispensáveis à organização do Estado e a previsão das regras asseguradoras de inúmeros direitos e garantias. Por isso a Constituição se apresenta como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico²⁵⁰.

Daí a observação de Francisco Campos²⁵¹, de que *“um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realizada, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido”*. E prossegue o referido autor:

“Um ato do poder legislativo em contravenção a uma cláusula constitucional não é, com efeito, uma lei.

Quando concorrem em um determinado caso uma lei inconstitucional e a constituição, não tem o poder judiciário que indagar qual a superior para saber a que deve aplicar, se a suposta lei, se a constituição.

A operação do juiz se resume a examinar se o ato que tem aparência de lei é, de fato, uma lei. Se o ato em questão viola alguma cláusula constitucional, o poder judiciário deixa de aplicá-lo à espécie, não porque exista uma lei superior à argüida de inconstitucional, mas porque esta, embora revestida de aparência de lei, não o é, em substância, e como tal

²⁴⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 167.

²⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Editora Fabris, Porto Alegre, 1997.

²⁵¹ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 49-50.

não pode se aplicada. O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse (...). Não pode haver hierarquia entre o que é lei e o que o não é, entre a realidade e a aparência, entre o que existe e o que não existe. (...) Quando, pois, um tribunal julga inconstitucional um ato legislativo, ele o declara, apenas, inexistente como lei (...). Apesar da sua aparência, não tem ele realidade legal, nem pode operar como lei, por lhe faltarem os requisitos essenciais a um ato dos governantes para se transformar de ato de alguns indivíduos em manifestação de vontade do povo ou do Estado.” (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal tem assente o entendimento no sentido da hierarquia constitucional do postulado de nulidade da lei incompatível com a Constituição. Em decorrência, a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia se justificar com fundamento em uma “*alternativa normativa de hierarquia constitucional*”²⁵², disposição inexistente no Direito brasileiro²⁵³. A aplicação continuada da lei inconstitucional há de ser exigida ou pressuposta pela Constituição. Se assim não for, ter-se-á o perigo de que se fortaleça tendência no sentido de se identificar na Constituição toda e qualquer assertiva que legitime a aplicação do direito inconstitucional, e a impressão de que a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade efetivamente confere ao Tribunal uma discricionariedade da sanção²⁵⁴. Portanto, a não-aplicação do princípio da nulidade não há de se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio²⁵⁵, sob pena de, fazendo-o sem previsão constitucional, proceder-se à inversão na ordem das coisas: durante o período de vigência da lei estaria suspensa, necessariamente, a eficácia da Constituição²⁵⁶.

A Lei nº 9.868/99, contudo, veio “*conferir*” ao Supremo o “*poder*” para, após a declaração de inconstitucionalidade, atribuir valor à referida lei ou ao ato normativo. Se não há previsão constitucional a tanto, de onde emanaria a fonte do poder que o legislador ordinário se investiu para, alargando a competência do Supremo Tribunal Federal, facultar ao referido órgão a adoção de medida tendente a firmar a subsistência,

²⁵² Vide, artigo 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

²⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 312.

²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 229.

²⁵⁵ Ministro Celso de Mello, voto proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280-3/RJ, julgado em 12 de setembro de 2006.

²⁵⁶ BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 131.

ainda que temporariamente, de lei declarada inconstitucional? Mais uma vez, é importante recordar Francisco Campos²⁵⁷:

“O instrumento constitucional, em que o povo institui os seus órgãos e lhes outorga poderes, será, portanto, a carta em que o povo estabelece as condições e os meios de acordo com os quais os atos daqueles órgãos poderão ser considerados como seus próprios, isto é, atos do povo, porque em regime representativo é o povo que se governa e só existe uma vontade superior à vontade individual – a vontade do povo.

Ora, a constituição é o instrumento em que o povo declarou, de uma vez por todas, como consente em ser governado; desde que os órgãos do governo agem em desacordo com esse instrumento, estão agindo em desacordo com a vontade do povo e, por conseguinte, os seus atos não serão atos de governo, faltando-lhes, como lhes falta, a autoridade que eles têm exclusivamente em virtude de poderem ser considerados com atos do próprio povo.

(...)

Em suma: no regime representativo de constituição escrita, o povo delega aos seus representantes não todos os poderes de governo, mas, apenas, um certo número deles, e, ainda assim, não incondicionalmente, mas sujeitos a condições, freios e limites; o exercício dos poderes de governo só é legítimo quando em conformidade com o instrumento em que o povo subordina à sua vontade soberana os seus órgãos representativos, porque tal condição foi pelo povo julgada indispensável para que transferisse de si aos seus representantes o direito originário que ele tem de se governar diretamente; agindo, pois, em contravenção às cláusulas constitucionais, por intermédio das quais o povo domina e controla o seu governo, os atos dos representantes deixam de ser atos do povo para serem, apenas, manifestações de arbítrio individual dos governantes.

(...)

De acordo com esses princípios, uma lei inconstitucional não é lei, mas um ato qualquer, destituído de toda autoridade e, portanto, não obrigatório e inaplicável pelos tribunais. Estes, ao reconhecerem a inconstitucionalidade (...), reconhecem e declaram a inexistência do ato como lei, constatarem que o ato em litígio não é manifestação da vontade do povo tal como se acha prévia e solenemente declarado no instrumento constitucional.

(...)

Para que, ao contrário, um ato inconstitucional da legislatura pudesse ser considerado como lei, seria necessário que a vontade dos representantes não se achasse subordinada à vontade do povo; fosse, em outras palavras, não uma vontade vinculada, condicionada e limitada, mas uma vontade livre e soberana, hipótese em que do regime de constituição escrita e de

²⁵⁷ CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 50-53.

poderes limitados passaríamos ao regime de constituição flexível e de soberania particular”.

Ao volver o olhar para o procedimento de controle de constitucionalidade – seja o sistema difuso ou o concentrado -, tem-se que o objeto da investigação constitucional realizada pelo Poder Judiciário é a verificação da compatibilidade e da adequação do ato legislativo ou normativo com a Constituição Federal, tanto na forma quanto no conteúdo. A inobservância das normas constitucionais pertinentes constitui violação à ordem pública e ao princípio democrático de direito. Logo, sob o ângulo da gravidade, não há vício maior do que o descumprimento de preceito da Lei Fundamental estabelecido pelo povo, o soberano.

O que disposto no artigo 27 da referida lei desafia a razão da tradicional regra de nulidade dos atos inconstitucionais e o conseqüente efeito retroativo da decisão a fulminá-los. Exprime a condescendência do legislador ordinário com a edição e a prática de atos incompatíveis com a Constituição. Teve-se em conta a necessidade de se admitir o desenvolvimento de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade, tanto com fundamento na necessidade de uma nova forma de censura para atender os casos especiais, quanto com base em um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica²⁵⁸. E, de fato, o que se estabeleceu via legislação ordinária foi “*uma nova forma de censura para atender os casos especiais*”, quebrantando o dogma da supremacia e da unidade da Constituição, que não contém nenhuma ressalva relacionada à possível tolerância para com ato que lhe seja contrário. Dir-se-á da cogente e impositiva atenção a ser dispensada aos princípios fundamentais do Estado de Direito, à idéia de segurança jurídica. Há de ser compreendido, contudo, ter adiante não mero estado de direito, mas Estado de Direito Democrático, sendo inconcebível falar em segurança jurídica se se subverte ou suprime a Constituição – fonte da ordem jurídica -, que, consoante significativa locução do Ministro Eros Grau²⁵⁹, “*não se interpreta em tiras*”.

²⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 264.

²⁵⁹ Voto-Vista na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, proferido na sessão de 24 de março de 2009.

Poder-se-ia afirmar que o legislador ordinário, ao reportar-se à segurança jurídica e ao excepcional interesse social, estaria autorizando a aplicação da exceção à regra de nulidade absoluta dos atos inconstitucionais em benefício ou proteção do indivíduo ou da sociedade, pois o “*status*” do direito haurido da aplicação da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional seria decorrente do exercício do poder legislativo conferido ao Estado e estaria ao abrigo da boa-fé.

Note-se, contudo, que a referida lei confere relatividade ao que concertado no sistema jurídica brasileiro como princípio, a nulidade absoluta dos atos inconstitucionais. Por outro lado, a “*nova forma de censura para atender os casos especiais*” quebranta o dogma da supremacia, da unidade da Constituição, atenta contra o princípio da legalidade substantiva exprimida na Constituição e autoriza o Supremo Tribunal Federal a afrontar o princípio da igualdade de todos na aplicação da lei – e no caso, da Lei Maior²⁶⁰.

²⁶⁰ O julgamento dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.601/Distrito Federal, proferido pelo Supremo Tribunal, em 9 de setembro de 2010, contém tese que contradita a assertiva. Diz o relator da referida ação direta que o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, autorizou o plenário do Supremo a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, tendo inovado significativamente no que concerne aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, afastando-se (digo eu, do sistema constitucional estabelecido pela Constituição) um modelo rígido e absoluto do princípio da nulidade da lei inconstitucional, inovação “imprescindível para que esta Corte possa cumprir, efetivamente, sua missão de guardar a Constituição” (em período anterior à edição da lei ordinária a Corte também cumpria a atribuição constitucional que lhe fora outorga...).

Prosseguindo, anota o eminente Ministro-Relator que a correta aplicação do mencionado dispositivo legal fundamenta-se no próprio princípio da unidade da Constituição. Assim, ao invés de romper com a supremacia da Carta Republicana, a promove como ‘uma unidade de sentido normativo e político-axiológico’, na exata definição de José Gomes Canotilho, in *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, p. 44. Discorre, ainda, que a aplicação do artigo 27 da referida lei resulta de um conflito entre normas de igual hierarquia em que prevalecem certos bens jurídicos ou interesses também de hierarquia constitucional, quais sejam, a segurança jurídica e o excepcional interesse social, que consubstancia qualquer outro princípio constitucional. E conclui: “É evidente que a identificação desses princípios somente pode ocorrer concretamente, mediante a análise do cada caso. (...) Logo, faz-se necessário, em virtude do postulado da supremacia e da unidade da Constituição, ampliar-se o objeto da interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional parâmetro, para contemplar, ainda os efeitos produzidos pela norma questionada frente outras normas igualmente constitucionais”.

Note-se que o relator da referida ação direta expressamente transmuda o objeto da ação, processo objetivo, ao assentar a necessidade de “ampliar-se o objeto da interpretação das normas em face da Carta Magna, ultrapassando-se a análise do ato legal frente à norma constitucional parâmetro, para contemplar os efeitos produzidos pela norma questionada frente a outras normas igualmente constitucionais”. Por meio de dispositivo legal, altera-se o objeto da ação direta prevista na Constituição, instrumento de defesa imediata da Constituição, torna-a instrumento de defesa de direitos subjetivos. E mais. Usando-se de linguagem retórica, afirma-se com base em obra do constitucionalista português Gomes Canotilho, que ao valer-se de disposição legal somente à luz 1999, o Supremo a “unidade de sentido normativo e político-axiológico” da Constituição.

Há de se ter em mente que o que de concreto se examina no controle da constitucionalidade está limitadamente restrito ao fato jurídico – fato espécie – disciplinado pela lei, não sendo objeto da investigação de inconstitucionalidade quem ou quais seriam os destinatários ou beneficiários da lei ou ato normativo impugnado. O problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade é concernente ao direito material, envolvendo direitos, bens, interesses e valores suportados pela Constituição. É um problema de direito substantivo, traduzindo em saber quais as alterações efetivas que o ato legislativo submetido ao controle da constitucionalidade provoca ou não no conjunto do ordenamento jurídico estatal²⁶¹, estabelecido e fundado na Constituição.

A proposição contida no texto do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 importa na adoção de antítese: mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, o Supremo Tribunal poderia conferir juridicidade às situações concretas decorrentes da observância aos diplomas legislativos, se presente a suposta necessidade de resguardar a segurança jurídica – a aplicação da lei se fizera sob o anteparo da presunção da legitimidade do ato legislativo ou normativo – e se verificada a existência de excepcional interesse social – não seria suficiente o mero interesse social. Assim, o provimento judicial, antes declaratório, seria dotado dos atributos de ato constitutivo de direito.

A lei vincula a adoção da técnica de limitação dos efeitos do provimento judicial relacionado ao vício de inconstitucionalidade à verificação da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, termos indeterminados cuja aplicação traz como consequência a indeterminação do próprio alcance do dispositivo. Dada a abrangência passível de ser conferida aos referidos termos, a lei confere ao

É preciso recordar o que escreveu o autor português. O texto está por ele assim redigido:

“Um outro princípio importante para a compreensão do estatuto constitucional é o ‘princípio da unidade da Constituição’. Ela forma uma unidade de sentido normativo e político-axiológico. Esta idéia de unidade reforça o carácter normativo global da Constituição, superando ou resolvendo as contraposições ou antinomias que por vezes se apresentam instaladas no seu próprio seio. (...) A existência de uma certa tensão dialética entre alguns institutos, princípios e normas constitucionais, se é certo que exige adequados instrumentos hermenêuticos para a sua superação, não afecta a essencial coerência, unidade e concordância da Constituição. (...) No caso de aparente contradição, e dada a rejeição de qualquer hierarquia dos preceitos constitucionais originários, a unidade da Constituição exigirá sim uma tarefa de concordância prática, que assinale a cada norma uma função (regra e excepção, regra geral e regra especial, etc), tendo em consideração as conexões de sentido e o contexto global da Lei Fundamental”.

²⁶¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Editora Coimbra, 2ª edição, Coimbra, 1983, p. 385.

Supremo Tribunal extensa margem de interpretação e de possibilidades de inteligência. A ausência de balizas na aferição desses supostos converte-se em insegurança para o jurisdicionado e para a unidade do ordenamento jurídico. Desse modo, o Supremo Tribunal, no exercício da técnica de limitação dos efeitos do provimento judicial, estaria conferindo juridicidade ao ato praticado com base em lei declarada inconstitucional, realizando “ato judicial legislativo” para o qual não detém competência constitucional, olvidando-se que “*a jurisdicização dos fatos resulta da incidência, e incidibilidade a lei nula não possui. É, a incidibilidade, a única eficácia da lei*”²⁶². A respeito, observa *Joaquín Brage Camazano* que a raiz essencialmente pragmática destas modalidades atípicas de sentenças de constitucionalidade resulta da conhecida relativização do dogma Kelseniano do “legislador negativo”²⁶³.

Estaria evidenciada a mesclagem que se impõem no sistema abstrato de controle da constitucionalidade, prevendo-se a possibilidade de na parte dispositiva da decisão tomar-se, também, o fundamento subjetivo, mesmo quando não estivesse em jogo direito de eventuais destinatários da norma abstratamente considerada. Estabelece-se confusão entre declaração abstrata de inconstitucionalidade de lei e direito subjetivo dos eventuais destinatários dessa, entre fato jurídico e fato. Neste particular, é importante dar relevo ao voto proferido pelo Ministro Firmino Paz no Recurso Extraordinário nº 78.533, julgado em 13 de novembro de 1981:

“(...) É nula a regra jurídica ordinária, se inconstitucional, porque, ao ser elaborada, faltou aos actos de formação legislativa elemento essencial: a compatibilidade de seu enunciado com o enunciado constitucional supremo.

Atento eu, outrossim, antes do mais, para isso: lei é facto. Facto enunciativo e normativo. Facto social. Facto político. Facto jurídico. Lei é, portanto, acontecimento do mundo fático, do mundo social, do mundo político e do mundo jurídico. Sempre, porém, facto. Facto enunciativo de algo normativo, destinado à prevenção ou extinção de conflitos sociais.

Sendo facto jurídico, a lei, ou regra jurídica, somente tem a eficácia de incidir. E só incidir. Não tem outra eficácia. Apenas, incide sobre os fatos,

²⁶² Reclamação nº 136, de 26.05.1982, relator Ministro Firmino Paz, acórdão publicado na Lex, Jurisprudência do STF, nº 48, p. 50-61.

²⁶³ CAMAZANO, Joaquín Brage. Apud, Daniel Roncaglia, in artigo publicado na revista Consultor Jurídico, de 13 de maio de 2007.

nela vistos ou previstos. Só e só. A incidência é a sua única função ou eficácia. Essa reafirmação é importante (...).

Se a lei, ou regra jurídica, sendo inconstitucional, é nula, logicamente, segundo os princípios suso expostos, não incide sobre factos, nela vistos ou previstos. Conseqüentemente, não há factos jurídicos. Poder haver factos; não, porém, jurídicos.

Sem facto jurídico, não há eficácia jurídica, que seria irradiação de facto jurídico.

Os factos, sobre que não pode incidir, nunca, regra jurídica inconstitucional, não sendo, portanto, factos jurídicos, continuam, então sendo factos no mundo fático. Ajurídicos, portanto.

Não se pode dizer (...) que acto praticado de conformidade com lei declarada, posteriormente, inconstitucional, é válido, é dizer, não é nulo.

*Não é nulo, concordo, porque não tem existência jurídica por força da lei inconstitucional. **Poder ser, até, jurídico, a poder de incidência de outra lei ou regra jurídica.** Mas, de outra lei ou regra jurídica. Se regra jurídica outra não incide sobre ele, o acto não é jurídico. É acto do mundo fático. Ajurídico. Ineficaz, juridicamente. Não irradia efeito jurídico algum”²⁶⁴. (grifo nosso)*

Também o Ministro Aliomar Baleeiro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.209, realizado em 9 de outubro de 1974, fez situar em planos distintos o ato declaratório de inconstitucionalidade e a existência de situação fática decorrente da aplicação da lei posteriormente declarada inconstitucional. Sua Excelência disse então:

“(...) Mesmo declarada a inconstitucionalidade da lei que colocou agentes do Executivo à disposição dos Juizes, para exercício das funções de oficiais de justiça, esses serventuários não são usurpadores, mas funcionários do Estado com defeito de competência. Se o Direito reconhece a validade dos atos até de funcionários de fato, estranhos aos quadros do pessoal público, com maior razão há de reconhecê-los se praticados por agente do Estado no exercício daquelas atribuições por força de lei, que veio a ser declarada inconstitucional. É válida a penhora feita por agentes do Executivo (...)”.

O que se assenta, neste contexto, é a distinção entre efeito imediato da declaração de inconstitucionalidade, consistente no reconhecimento da existência do vício,

²⁶⁴ Exemplo de juridicização do ato praticado com base em lei inconstitucional é possível de ser verificado com promulgação da Emenda Constitucional nº 53 à Constituição de 1988, mediante a qual foi ratificada a criação de municípios realizada em desacordo com o disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição. Houve uma “constitucionalização superveniente”.

e o efeito mediato sobre o ato praticado com base na lei posteriormente declarada inconstitucional, que não seria afetado, de pronto, pela decisão.

Estes questionamentos não estiveram ao largo do debate relacionado à proposta legislativa – Projeto de Lei nº 2.960/97 – de que resultou a Lei nº 9.868/99. Sobre o artigo 27 da referida lei, afirmou-se a pretensão de atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para determinar a perda da eficácia de preceito legal ou normativo declarado inconstitucional em ação direta a partir do trânsito em julgado da decisão ou em outro momento a ser fixado. Dessa forma, não retroagindo, o provimento judicial de inconstitucionalidade não atingiria os efeitos já produzidos pelo preceito declarado inconstitucional, nulo. Resultaria daí que, *“por via transversa, o STF poderá declarar a eficácia temporária de preceito inválido por inconstitucionalidade”*. E mais foi registrado:

“(…) Todavia, no plano do exame formal de constitucionalidade, impende ressaltar que a proposição ora criticada só poderia ser legislada mediante emenda constitucional, não podendo ser objeto de lei ordinária, pois sua aplicação atinge todo o sistema jurídico do País, especialmente o princípio da legalidade (...), que adquire nova feição: uma lei inválida passa a ser ‘válida’, por declaração do STF, por certo tempo. Por isso, trata-se de matéria exclusivamente constitucional.

O escancarado casuísmo dessa proposição, aplicada em sistemas jurídicos radicalmente diversos do brasileiro, mereceu o ácido repúdio do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘verbis’:

‘Seria preciso não conhecer o Brasil para supor motivada por questões de alta indagação científica essa proposta. Conhecendo-o, fácil é descobrir o que têm em mente as proponentes dessa “nulidade” ou “anulação” diferida. É sempre o ângulo governamental. Com base nessa regra, toda vez que um tributo correr o risco de ser julgado inconstitucional – e essas se sabem com antecedência em Brasília -, invocando o pesado ônus da devolução do já recebido, o Poder Público pleiteará que a eficácia da decisão seja a partir do trânsito em julgado. Assim, não terá de devolver o já recebido (...).’”

Nessa mesma seara manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102/DF, na sessão de 5 de outubro de 1995. Sua Excelência mostrou-se favorável à tese de temperamentos ao dogma da

nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, ante as situações absolutamente excepcionais. Advertiu, no entanto, que a solução, se generalizada, traria também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade. Na seqüência, narrou episódio ocorrido consigo, quando Procurador-Geral da República. Disse que fora consultado por técnicos de determinado setor governamental sobre uma proposta de decreto-lei. Apontou, na oportunidade, que “o decreto-lei não passaria pelo primeiro juiz de plantão: a inconstitucionalidade era bradante”. Ao que retorquiu um dos consulentes:

“(...) quem somos nós, Dr. Procurador, para discutir questão de inconstitucionalidade com V. Exa.? Mas veja V. Exa. o que está ocorrendo com a questão constitucional X: há quatro anos, a União não teve sequer uma sentença, de qualquer instância, a seu favor; no entanto, a arrecadação real está por volta de 85% do previsto, porque a grande maioria não vai a juízo. Sobretudo contra os pequenos tributos.”

E o Ministro Sepúlveda Pertence concluiu o voto: “*É o que sucede, de tal modo que é grande o risco de estimular aventuras, se se asseverar, mais ou menos em linha de princípio, que leis tributárias só se declararão inconstitucionais com efeitos ex nunc: aí, provavelmente, a questão já estará morta*”.

Acrescente-se que sobre o tema relacionado à constitucionalidade ou não do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 paira um incômodo silêncio no Supremo Tribunal Federal: estão pendentes de julgamento as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.154 e 2.258, propostas em fevereiro e julho de 2000, respectivamente. Iniciado o julgamento, houve pedido de “vista”...

Mesmo estando diante da argüição e da suspeita de inconstitucionalidade do artigo 27 da referida lei, a Corte tem exercido a atribuição que lhe adveio pela lei ordinária - e, nesse particular, não se trouxe à luz o disposto no direito comparado europeu, especialmente o austríaco e o alemão, que dispõem, diante de casos assim, quanto à suspensão dos processos em curso nas instâncias judiciais ordinárias.

A Lei nº 9.868 entrou em vigor no dia 10 de novembro de 1999. Não se sabe a razão pela qual, a Suprema Corte tardou em dar aplicação ao dispositivo disciplinador da limitação ou modulação dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade, somente o fazendo, pela primeira vez, após voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, em 7 de maio de 2004, no recurso extraordinário – processo subjetivo - em que se discutia a “*Fixação do número de vereadores: Município de Mira-Estrela*”, do qual foi relator o Ministro Maurício Corrêa²⁶⁵. Estabeleceram-se os efeitos prospectivos à declaração, tendo em conta que adoção da retroatividade resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo municipal vigente. O Segundo caso em que houve a aplicação da referida técnica se deu em processo objetivo: na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.022, julgada em 18 de agosto de 2004²⁶⁶. Nesse processo, a lei estadual atribuía à Defensoria Pública a defesa dos servidores estaduais processados civil e criminalmente, o que se apresentava em desacordo com o artigo 134 da Constituição Federal²⁶⁷. A modulação dos efeitos teve por escopo

²⁶⁵ Aponta-se ser este o primeiro caso em que a Corte deu aplicação à regra da modulação dos efeitos ao ato declaratório de inconstitucionalidade. Confira: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2008, p. 1099.

O que se pode haurir dos votos então proferidos, salvo melhor juízo, é a ocorrência de mutação constitucional. Sabe-se que a resposta positiva apresentada no processo de Consulta perante o Tribunal Superior Eleitoral tem força normativa, por expressa disposição do Código Eleitoral. Assim, em razão da interpretação quanto ao alcance do artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal, o TSE editou a Resolução nº 18.083 estabelecendo o número de vereadores, considerada a proporcionalidade estabelecida na Constituição. Com base no contido na Resolução, foi inserido nas Leis Orgânicas dos Municípios o número de cadeiras das Câmaras de Vereadores. Realizadas as eleições proporcionais, as cadeiras foram preenchidas. Veio ao Supremo o Recurso Extraordinário nº 197.917, interposto contra o acórdão do recurso de apelação na ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual. Argüida a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Orgânica nº 222, de 31, de março de 1990, do Município de Mira-Estrela/SP, a Corte se debruçou sobre a questão pertinente ao alcance da expressão “*número de vereadores proporcional à população do Município*” e os limites estabelecidos nas alíneas “a” e “c” do referido inciso do artigo 29 da Constituição. Vários cálculos matemáticos e tabelas foram elaborados com o escopo de melhor compreender a regra prefixada pela Constituição para o número de vereadores. E somente a partir do acertamento dos números de cadeiras das Assembléias, do estabelecimento da nova interpretação aos termos “número proporcional (...) observados os limite das alíneas a e c”, pôde ser declarada a inconstitucionalidade da referida lei orgânica. Ou seja, somente com a nova interpretação – suplantando o que assentado no RMS nº 1.945, Pertence, Pleno, DJ de 11.6.93, se pôde chegar à conclusão quanto à incompatibilidade com a Constituição. Sendo nova interpretação, a observância há de ser para o futuro.

²⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, IDP, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo 2008, p. 1099 e 1010.

²⁶⁷ Tendo em conta a competência outorgada à Defensoria Pública (Constituição Federal de 1988, artigo 134) e o disposto no artigo 68 do Código de Processo Penal – diploma legislativo anterior à Carta de 1988 -, por meio do qual foi conferida legitimação ao Ministério Público para a propositura de ação de ressarcimento “ex delicto”, o Supremo encerrou debate no julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328-7, sessão do dia 1º de junho de 1994. Na doutrina menciona-se este precedente como a inaugurar a aceitação no sistema constitucional brasileiro da construção germânica do “**processo gradual de inconstitucionalidade de uma lei**”: a inconstitucionalidade progressiva. Do texto do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que

manter hígidos atos processuais praticados pela Defensoria Pública nos processos nos quais envolvidos os servidores.

Posteriormente, no julgamento da Ação Direta nº 1.102-2/DF, na sessão do dia 5 de outubro de 1995, a Corte declarou a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salário dos empresários e autônomos, sem vínculo empregatício. Tendo como escopo a *“salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o dies a quo, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”*, e porque *“os*

valeu de apertes do Ministro Moreira Alves no ponto suscitada a doutrina germânica e contribuiu para a reformulação do convencimento do ministro-relator do recurso extraordinário, é possível colher algumas assertivas relevantes. No caso, tem-se a discussão com base em legislação anterior a 5 de outubro de 1988 frente à Constituição Federal promulgada na referida data. A rigor, nos termos do que decidido na ADI 2-5, ter-se-ia tema relacionado à recepção ou não de legislação anterior à Constituição de 1988, não sendo possível falar, então, em constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei e, por decorrência lógica, sequer em *“inconstitucionalidade progressiva”*, construção expressamente refutada no julgamento pelo Ministro Néri da Silveira, que afirmou não ser a inconstitucionalidade progressiva *“figura de nosso sistema. Isso significa admitir solução segundo a qual a norma está recebida no sistema, até que a regra maior que a revogaria tenha condições de plena eficácia. Não se operaria essa revogação com a só vigência da Constituição”*. E conclui Sua Excelência: *“Penso que, na decisão, é de, objetivamente, estabelecer um dado concreto, cuja ocorrência terá como consequência a cessação da eficácia da norma impugnada. Mas percebo que o critério objetivo seria este: no momento em que se instalar oficialmente a Defensoria Pública no Estado, a partir daquela data, cessa a legitimidade do Ministério Público para requerer, nos termos do art. 68 do CPP, a ação civil (...), pois, aí legitimada está a Defensoria Pública, então já organizada”*.

E foi também nesse sentido o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, ao pontificar que *“no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do artigo 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado – se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente”*. Também o Ministro Moreira Alves, que aventou a possibilidade de ser adotada a construção germânica do *“processo gradual de inconstitucionalização de uma lei”* – que o Ministro Néri da Silveira expressamente afirmou não existir em nosso sistema constitucional -, deixou evidente cuidar-se na espécie de **revogação e ou recepção de lei** anterior à promulgação da nova ordem constitucional. Sua Excelência disse:

“(...) sou dos que sustentam que uma norma jurídica só entra em vigor no momento em que existam os meios materiais que ela pressupõe como indispensáveis para que possa ser aplicada. No caso, esses meios serão progressivamente criados, por essa criação depender das providências a ser tomadas pelos diversos Estados-membros. Assim, só estará preenchida a condição material exigida na Constituição no momento em que, em determinado Estado, houver uma Defensoria Pública devidamente organizada e com os seus cargos preenchidos”.

Daí a importância de ser observado o que dito por Rodolfo Sacco, in *“Introdução ao Direito Comparado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001”*, quando afirma que *“o cientista do direito comparado há de estar investido de um conjunto de noções e dados pertencentes a diversos sistemas jurídicos, há de saber colocá-los em confronto, computando as diferenças e semelhanças, pois a asserção não é tautológica e o exercício da comparação não se fundamenta em orientação que exija montagem ou mero acoplamento. Há de se ter em conta a diversidade e pluralidade de sistemas normativos e as instituições e institutos não existem comumente em todos os direitos dos povos e os ordenamentos concentram-se em formantes distintos”*.

resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social”, foi apresentada, mas rejeitada, proposta de modulação de efeitos. Idêntica questão, novamente de natureza tributária – Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, caso IPI/alíquota zero – foi apreciada pelo Pleno do Supremo em 25 de junho de 2007. Mais uma vez sem êxito foi apresentada no Plenário a proposta de modulação de efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, desta feita para evitar a propositura de execução fiscal pela União Federal. O mesmo ocorreu no julgamento da Ação Direta nº 5.138, quando foi declarada a inconstitucionalidade da majoração do imposto sobre a renda e a União Federal propôs fossem modulados os efeitos do ato judicial, para obstar a restituição do que recolhido a maior. A proposta não foi acolhida.

Em outras situações, contudo, o intento de limitar os efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade teve êxito. No julgamento da Ação Direta nº 3.660/MS, sessão de 13 de março de 2008, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 3.002/2005, que dispunha sobre destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Houve modulação dos efeitos, para impedir que começassem *“a entrar com ação para essas entidades devolverem aquilo que receberam”*. No Recurso Extraordinário nº 559.943-4/RS, em que se discutia tema de natureza previdenciária, restrita ao prazo prescricional e decadencial previstos nos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, tendo em consideração os artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional. Os artigos da lei foram declarados inconstitucionais, mas a Corte assim modulou os efeitos do ato judicial: fez-se a limitação dos efeitos, com o escopo *“de afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento (...): os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do julgamento”*.

A respeito da modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, disse o Ministro Eros Grau no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 372.005/PR, na sessão do dia 29 de abril de 2008, estando jogo também questão tributária:

“(...) nenhuma razão relacionada ao interesse social, menos ainda a ‘excepcional interesse social’, prospera no sentido de aquinhoarem-se empresas que vieram a Juízo afirmando interpretação que esta Corte entendeu equivocada. Fizeram-no, essas empresas, por sua conta e risco. É seguramente inusitado: o empresário pretende beneficiar-se por créditos aos quais não faz jus; o Judiciário afirma que efetivamente o empresário não é titular do direito a esses mesmos créditos, mas o autoriza a fazer uso deles até certa data... Um ‘negócio da China’ para os contribuintes, ao qual corresponde inimaginável afronta ao interesse social”.

Pela leitura dos precedentes exemplificativamente lançados, bem se pode ver que a advertência serve, também, quando a declaração de inconstitucionalidade afeta interesse de ente estatal. Veja, por outro lado, que a utilização da técnica de limitação dos efeitos vem grassando e encampando na Corte de tal modo e ainda quando julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. É o que se verificou na apreciação da Ação Direta nº 3.756-1/DF, na qual a Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal não teve acolhido o pedido de inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei Complementar nº 101/2000, que dispõe sobre a repartição dos limites globais de receitas: no âmbito estadual, à razão de 3% para o legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; na esfera municipal, à razão de 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver. O impasse surgiu em virtude do caráter híbrido do Distrito Federal – competência legislativa e tributária estadual e municipal. Ainda que julgada improcedente a ação direta, houve modulação de efeitos, para não permitir a exigência de reposição ou compensação de dotações orçamentárias utilizadas.

Denota-se que diante de situações de toda sorte, sempre é possível avançar no sentido da limitação dos efeitos, inclusive para impedir o acesso à Justiça quando presente o direito de ressarcimento ou de repetir indébito, enquanto não ocorrida a preclusão. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direitos. No entanto, via jurisprudência, sem que se conheçam os efetivos destinatários do direito de repetição ou ressarcimento, sem que esses eventuais terceiros interessados tenham integrado à lide, estabelece-se em relação a esses o óbice à Justiça, fazendo-o de modo expresso.

De certo modo, ancorado em razões de Estado ou tendo em vista situações individualizadas, tem-se institucionalizado, via modulação dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade, o locupletamento, por parte do contribuinte ou do ente estatal. Olvida-se da existência no sistema jurídico de remédio para os próprios males. É o que realçado pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.012, julgada em 27 de setembro de 1979:

“(...) sou dos que entendem que a representação de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, se destina tão somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, com efeito, de ação de caráter excepcional, com acentuada feição política pelo fato de visar o julgamento, não de uma situação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese. (...) Tais características estão a mostrar que não é ela uma simples ação declaratória de nulidade, como outra qualquer, mas, ao contrário, um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica estruturada com base no respeito aos princípios constitucionais vigentes (...). Para defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum. (...) Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado erga omnes, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera ex tunc), independentemente da atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez a priori, e que se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente”.

Outro não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.418-5/RS, da qual foi relator o Ministro Néri da Silveira, julgada em 24 de fevereiro de 1988. Estava colocada sob o crivo da Corte a controvérsia a respeito da constitucionalidade de lei estadual que conferia efetividade e estabilidade a servidores contratados ou admitidos sem concurso público. O Ministro relator propôs fossem modulados os efeitos do ato declaratório, tendo presente a jurisprudência então sedimentada na Corte americana. Tal não foi concedido, como se verifica do excerto da ementa do acórdão:

“(...) Efeitos de normas inconstitucionais, até a declaração de invalidade, pelo Poder Judiciário. Na ação direta de inconstitucionalidade, examinam-se as leis impugnadas, apenas, em seus conteúdos, no sistema normativo que definem e nos efeitos delas decorrentes, de forma abstrata, em face de preceitos da Constituição Federal, não cabendo, assim, ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito estrito desse processo, confrontar ou considerar, em sua individualidade concreta, casos, situações ou efeitos particulares, porventura resultantes da aplicação das leis, objeto da representação, até a data do julgamento”.

O Supremo Tribunal, utilizando da técnica de modulação dos efeitos do provimento declaratório de inconstitucionalidade, procede à valorização de atos concretos e de situações constituídas em decorrência da aplicação da lei. Na via do controle difuso e incidental, faz com que os efeitos do julgado alcance inclusive aqueles que sequer integraram à lide ou não tiveram o direito contestado; na via do processo objetivo, profere decisão com efeito teleológico: supondo a possibilidade de demandas judiciais, antecipa soluções para eventuais casos concretos. Assim atuando, pretende juridicizar fatos, tornando-os fatos jurídicos, como se a lei inconstitucional pudesse incidir juridicamente.

De modo incontestável se verifica do sistema normativo constitucional, no qual definida a competência da Corte, não caber ao Supremo Tribunal Federal, em face de preceitos da Constituição Federal, confrontar ou considerar, em sua individualidade concreta, casos, situações ou efeitos particulares, porventura resultantes da aplicação das leis, objeto da argüição de inconstitucionalidade, até a data do julgamento. O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião maior da intangibilidade da ordem constitucional, também não pode, nesse contexto, erigir-se à condição de órgão estatal substituto do Poder Legislativo²⁶⁸. Contudo, o “*guardião da Constituição*”, assemelhando-se e a si atribuindo competência própria dos tribunais ordinários, valoriza situações concretas e se entrega à realização da justiça e ao estabelecimento do justo.

²⁶⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 513-8, relator Ministro Célio Borja, Plenário do Supremo Tribunal Federal, acórdão publicado no Diário da Justiça de 30 de outubro de 1992 – excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello.

4.4.4 – O valor dos atos inconstitucionais.

A técnica de modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, admitida sob o fundamento da segurança jurídica e do excepcional interesse social, traz ínsita a pretensão de conferir valor jurídico aos atos e fatos constituídos em decorrências da aplicação da lei posteriormente declarada inconstitucional, tendo como causa de decidir o argumento da presunção de constitucionalidade das leis. Oportuna a lição de Francisco Campos²⁶⁹:

“Todo o raciocínio desenvolvido (...) consiste, em última análise, em tentar uma construção lógica ou sistemática das diversas disposições constitucionais relativas à elaboração legislativa. Como entre elas existem incongruências, acabam, realmente por conseguir engenhosa construção jurídica, mas, precisamente, à custa de disposição expressa da Constituição, à qual passam a considerar como não escrita ou sem vigência. Isto, porém, não é, evidentemente, interpretação constitucional: é, sob a aparência de interpretar, rever, reformar ou depurar a Constituição daquilo que, não do ponto de vista prático ou político, mas do ponto de vista lógico ou sistemático do intérprete, lhe parece incongruente ou irreduzível ao ideal de constituição da sua preferência, escolha ou simpatia. O que se propõe, em suma, é substituir à Constituição concreta, positiva ou vigente, uma Constituição ideal, ao processo constitucional de elaboração legislativa, no qual existem, no entender dos intérpretes, incongruências lógicas, um processo que se distinga pelo rigor da unidade ou da coerência lógica ou sistemática. Este será, talvez, um bom método de elaboração constitucional, ou uma regra a ser prescrita ao constituinte na formulação das disposições constitucionais. O de que não pode gabar-se, porém, é de ser um processo interpretativo conveniente ou que deva ser acolhido sem reservas, desconfianças ou cautelas. Contra disposição expressa da Constituição se faz, assim, prevalecer não outra disposição expressa àquela antagônica ou com ela inconciliável, mas pura construção lógica ou conceptual, e as matérias que o legislador constituinte demonstrou, de modo expresso, manifesto e inequívoco querer subtrair ao processo normal de elaboração legislativa, abrindo-lhe as brechas ou as exceções, pretende-se que as mesmas, ao invés de estarem sujeitas ao que prescreve expressamente a Constituição, deverão, ao contrário, reger-se por disposições que se presumem implícitas no instrumento constitucional, ou mais incongruentes com uma estrutura sistemática, que se predica da Constituição, em evidente desacordo com o seu caráter real ou com o seu efetivo atributo de obra mais prática do que lógica, mais política do que sistemática”.

²⁶⁹ CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 283-284.

A perda da eficácia da lei declarada inconstitucional decorre do reconhecimento da invalidade, como consequência do ato legislativo ser incompatível com a Constituição. A decisão tem força retroativa, podendo ser invocada por qualquer interessado que haja sofrido lesão de direito em decorrência da aplicação da lei inconstitucional. Assim sendo, conferir efeitos prospectivos ao provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade implica dar à decisão aspecto de legislação revogatória, visto que somente alcançará os fatos futuros, competência que, constitucionalmente, não foi outorgada ao Poder Judiciário.

No sistema de controle de constitucionalidade que nos foi legado pelos norte-americanos está expresso o entendimento quanto ao fato de decorrer do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade, como consequência lógico-jurídica, tão-só a não aplicação da lei pelos juízes. A decisão judicial não revoga lei. Adotou-se a solução para evitar possível cisma, no sentido de a investigação da constitucionalidade das leis vir representar ou aparentar intromissão indevida no ambiente do Poder Legislativo, com implicações no sistema de tripartição das funções do poder. Ao imprimir aparente aspecto revogatório ao provimento declaratório de inconstitucionalidade, com a adoção dos efeitos prospectivos, o Supremo estaria pondo por terra esse intento, afastando-se da condição de legislador negativo, para atuar positivamente: a decisão judicial, diante da coletividade, transporeceria como jurisdicização do ato legislativo viciado, valorizando a aplicação da lei inconstitucional.

O valor jurídico do ato inconstitucional é nenhum. É ele desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito²⁷⁰ e o Supremo Tribunal Federal tem proclamado a absoluta ineficácia derogatória das leis inconstitucionais²⁷¹.

Marcelo Rebelo de Sousa²⁷² acentua que uma consequência primária da inconstitucionalidade é a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia

²⁷⁰ THEODÓSIO, Walter. Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei, artigo publicado na revista jurídica "*Justitia*", volume 118, São Paulo, p. 97.

²⁷¹ Representação de Inconstitucionalidade nº 1077, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 101, p. 503.

²⁷² SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Portugal-Lisboa, 1988, p. 11-19.

da Constituição não existiria e, “*para que o princípio da constitucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da Legalidade em sentido amplo, vigore é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam*”. Assim, a garantia da Constituição começa por ser uma garantia estritamente jurídica, traduzida numa depreciação da capacidade de conformação jurídica por parte de condutas inconstitucionais. O valor da conduta inconstitucional exsurge como determinante para a unidade sistemática do ordenamento jurídico, dado que o efeito principal do princípio da constitucionalidade é “*o que visa impedir que condutas inconstitucionais sejam aceites num certo ordenamento como se constitucionais fossem, [sendo] dotadas de plenitude das suas virtualidades jurídicas. (...) Visa apagar ou esbater uma ofensa intolerável à harmonia do ordenamento jurídico*”²⁷³.

Para o autor acima mencionado, o valor do ato inconstitucional representa uma depreciação de algo que surge como ato do poder político estatal, mas é desconforme à Constituição. Tem-se, por um lado, uma realidade que aparenta ser um ato do poder político do Estado; e, por outro, depara-se com uma desconformidade entre essa realidade e a Constituição vigente. E o valor negativo do ato inconstitucional, traduzido na sua inexistência ou invalidade, é consequência essencial de inconstitucionalidade, da desconformidade em relação à Constituição, o que não se verifica quanto à revogabilidade de qualquer ato legislativo ou normativo: a revogabilidade diz respeito à eficácia de um ato e não ao valor deste.

Prossegue o autor: tem-se o ato como juridicamente inexistente, pois a Constituição prevê e regula as diversas funções do Estado, que se traduzem na prática de diferentes tipos de atos pelo poder estatal. Assim, para que esses atos existam é necessário que sejam minimamente identificáveis, atendendo à caracterização que deles é feita em termos constitucionais. De modo que, ante o princípio da constitucionalidade, a inexistência do ato decorre em virtude de razões nucleares, essenciais, radicalmente originárias, que conduzem ao entendimento de certa realidade material não ser tratada pelo Direito como

²⁷³ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Portugal-Lisboa, 1988, p. 26-31.

ato existente. Há inexistência tanto no caso de omissão como em relação àquele de realidade material que só na aparência pode ser equiparado a um ato do poder político do Estado²⁷⁴.

Nesse contexto, parece abusivo falar em ato legislativo se lhe faltam os elementos constitutivos essenciais explicitamente consignados na Constituição. A inexistência significa, pois, que não há ato do poder político do Estado e, por conseguinte, nenhum efeito jurídico – primário, principal, secundário ou colateral - deriva de uma aparência de ato. Assim, não cabe falar em sanabilidade, por esta supor a existência do ato. Acrescente-se a isso o fato de a insusceptibilidade de produção de efeitos jurídicos corresponder à inexecutoriedade do ato inexistente: se não há ato, ele não pode ser executado²⁷⁵. Disso decorre o entendimento acerca da nulidade do ato inconstitucional, pois o princípio da constitucionalidade assume relevância em termos de interesse público não postergável por qualquer outro. É evidente que o desvalor do ato inconstitucional não pode deixar de ser considerado o mais grave. Portanto, o valor típico dos atos inconstitucionais é a nulidade absoluta.

A imediatividade é uma das características típicas da nulidade. Os efeitos do reconhecimento da nulidade se reportam ao momento do começo da desconformidade do ato em relação à Constituição e não em instante posterior. A gravidade do valor da nulidade implica que o ato não possa produzir qualquer efeito, desde o momento em que praticado. É provimento declaratório, que traz em si como efeito a invalidação de outros atos praticados ao abrigo daquele declarado nulo.

Intimamente ligada à imediatividade encontra-se a insanabilidade: o ato nulo não é sanável nem pelo decurso do tempo. Assim, admitir a sanabilidade do ato nulo por órgão jurisdicional que, nos termos da Constituição, é competente para a fiscalização da constitucionalidade, seria conferir a essa parcela do Poder competência de suplência ou

²⁷⁴ SOUZA, Marcelo Rebelo de. Ob. cit., p. 152-157.

²⁷⁵ CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo, Editora Almedina, Reimpressão da 10ª edição em 2008, Lisboa, p. 180.

vicariância do órgão que praticou o ato nulo. Presente, então, a característica da incidência para a arguição de nulidade²⁷⁶.

A importância da caracterização da necessidade da declaração jurisdicional da nulidade dentro do regime jurídico e a verificação do valor do ato inconstitucional estariam associadas ao cerne do sistema de fiscalização da constitucionalidade. O Tribunal não constitui a invalidade e a nulidade do ato legislativo, como acontece na **anulação**. Ele limita-se a verificar e a declarar a nulidade do ato inconstitucional, que já existia desde a sua prática, e, por isso, é retroativa.

A declaração jurisdicional da nulidade e o desvalor do ato inconstitucional é uma consequência necessária da opção feita e do sistema adotado²⁷⁷. O efeito da sentença declaratória de inconstitucionalidade *“retroage ‘ex tunc’ à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão paradoxal de que a validade da lei si et in quantum tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado, considerando válidos atos praticados sob o império da lei nula”*²⁷⁸.

Sobre o tema, Rui Barbosa²⁷⁹ assim discorreu:

“Não é o poder judiciário que anula as leis inconstitucionais. A palavra anular, no tocante a essa espécie de sentenças, equivale meramente a declarar nulo. A nulidade preexiste à sentença, por efeito da inconstitucionalidade intrínseca ao ato. Este, desde o princípio, não tinha vida, nem ação, achando-se assim nas mesmas condições em que se nunca o tivessem promulgado. Provada a invalidade, a lei é, para todos os efeitos legais, tal qual se nunca existira e encara-se como se não tivesse tido jamais a mínima força legal.

Acresce que, em se lhe deparando um ato incurso nesse vício radical, não há, para a Justiça, alternativa. Em presença de uma lei

²⁷⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O valor Jurídico do Acto Inconstitucional, volume I, Lisboa, 1988, p. 242-249.

²⁷⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O valor Jurídico do Acto Inconstitucional, vol. I, Lisboa, 1988, p. 255-257.

²⁷⁸ BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 137-138.

²⁷⁹ BARBOSA, Rui. Amnistia Inversa, Editora Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1898, p. 162-165.

*inconstitucional, não é uma faculdade que se lhe deixe, é um dever que se lhe impõe a declaração de nulidade. Os tribunais de justiça, quando chamados a sentenciar entre a constituição e uma lei, que se lhe contrapõe, são obrigados a executar a constituição, como suprema, declarando írrita a lei. (...) Se a lei é inconstitucional, aos tribunais toca o poder e a obrigação de declará-la. (...) Tais atos, insubsistentes desde sua origem, feridos de esterilidade absoluta, insanáveis pela ação do tempo, insupríveis por arbítrio do juiz, pertencem ao número desses atos nulos, que melhor se chamaram inexistentes (...). O ato inexistente oferece apenas a aparência do existir, mas juridicamente não existe. (...) No que toca a esses atos, não se requer ação alguma para os fazer anular; antes, é impossível o exercício de tais ações, pois legalmente não existe ato nenhum que reduzir a nada. Como, porém, obstar os efeitos do ato inexistente? (...) **A idéia americana da limitação da autoridade da legislatura no círculo dos poderes traçados pelas constituições escritas e da insubsistência dos atos legislativos que transcenderem as forças desse instrumento é reflexo dos princípios da jurisprudência civil em matéria de mandato e capacidade. Praticadas além das forças da outorga constitucional, as deliberações do congresso, atentatórias de direitos que ela reserva, são vãs e nenhuma em sua substância, pela incapacidade do seu autor. Não há, pois, que demandar a nulidade, caráter ligado à origem do ato, não à autoridade da sentença. Esta ocupar-se-á com a nulidade, mas simplesmente como fundamento de decidir. O objeto do pleito (...) é outro: é a reintegração ou manutenção do direito que o ato inexistente supôs invalidar**". (grifo nosso)*

Há de ser compreendido, como está assente na jurisprudência²⁸⁰ do Supremo Tribunal Federal, que o valor jurídico do ato inconstitucional é nenhum. Desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito, a consequência primária da declaração em processo de investigação de constitucionalidade e a desvalorização da conduta inconstitucional. Para que vigore o princípio da constitucionalidade, expressão suprema e qualitativa mais exigente do princípio da legalidade substantiva em sentido amplo, é essencial que a conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exatos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam. Em virtude da ausência da legitimidade constitucional, a lei assim viciada se apresenta desprovida de aptidão para gerar e operar qualquer efeito jurídico.

²⁸⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade 513-8, relator Ministro Célio Borja, Supremo Tribunal Federal, Plenário, acórdão publicado no Diário da Justiça de 30 de outubro de 1992.

A ação direta, portanto, destina-se à defesa da Constituição e, em razão disso, o provimento judicial tem reflexos sobre o passado (*ex tunc*). Quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, isso se impõe em face do interesse e necessidade superiores da preservação do respeito à Constituição. É ação de caráter excepcional, com acentuada feição política, pelo fato de visar o julgamento, em tese, da validade da lei, sem se ater à existência ou não de uma relação jurídica concreta decorrente da aplicação do diploma legislativo impugnado. Para defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com a Constituição há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*²⁸¹. Em passagem do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, em 29 de maio de 1992, na qual se discutia o cabimento dessa via excepcional tendo como objeto lei anterior à nova ordem constitucional, está expresso esse entendimento. Disse Sua Excelência ser o controle difuso voltado à proteção *incidenter* dos direitos subjetivos lesados pelo ato inconstitucional, e o controle concentrado, à segurança jurídica e à efetividade da Constituição, obtidas pela eficácia universal da declaração em tese de invalidade ou validade dele.

Ao discorrer sobre modos de interpretação, Francisco Campos²⁸² observa que *“ilustres autores (...) acabam por conseguir engenhosa construção jurídica, mas, precisamente, à custa de disposição expressa da Constituição, a qual passam a considerar como não escrita ou sem vigência”*. E prossegue:

“Isto, porém, não é, evidentemente, interpretação constitucional: é, sob a aparência de interpretar, rever, reformar ou depurar a Constituição daquilo que, não do ponto de vista prático ou político, mas do ponto de vista lógico ou sistemático do intérprete, lhe parece incongruente ou irredutível ao ideal de constituição da sua preferência, escolha ou simpatia. O que se propõe, em suma, é substituir à Constituição concreta, positiva ou vigente, uma Constituição ideal ao processo constitucional de elaboração legislativa, no qual existem, no entender dos intérpretes, incongruências lógicas, um processo que se distinga pelo rigor da unidade ou da coerência lógica ou sistemática. (...) O de que não se pode gabar-se, porém, é de ser

²⁸¹ Representação de Inconstitucionalidade nº 1.016/SP, relator Ministro Moreira Alves, Supremo Tribunal Federal, Plenário, acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 de outubro de 1979.

²⁸² CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 282-283.

um processo interpretativo conveniente ou que deva ser acolhido sem reservas, desconfianças ou cautelas”.

Como antes demonstrado, a técnica de se proceder à modulação ou limitação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade e de conferir valoração a atos praticados com base na lei inconstitucional, importa desconsideração à estrutura e ao procedimento da investigação de constitucionalidade, além de transmudar o controle concentrado em forte potencial supressor do debate acerca de direitos então subjetivados ou efetivados antes da declaração de inconstitucionalidade, comprometendo, assim, os aspectos concernentes à legitimidade da atuação judicial.

A permanente concentração do controle de constitucionalidade – quando a diferença entre o controle difuso e o abstrato permanece válida – tem contribuído para firmar o entendimento de que a prática constitucional e a atividade judicial estão direcionadas à configuração da supremacia judicial, em vez da supremacia constitucional.

Tem-se, então, que:

*“Manipulações de tal índole iriam conduzir ao nascimento de uma Constituição secundária que, segundo o objeto, deveriam escavar internamente a Constituição, mesmo que elas a deixassem formalmente intacta. Isso seria tanto mais perigoso que não encontraria expressão aberta e aquela escavação, por conseguinte, para o cidadão mal seria reconhecível. O primado e o efeito estabilizador da Constituição escrita, a clareza jurídica e a certeza jurídica que ela cria, seriam abandonados a favor da admissão de um conglomerado, que se torna necessariamente sempre mais imenso, de desvios que, muitas vezes, têm a temer a luz da publicidade democrática, que viriam desvalorizar a Constituição e, por conseguinte, seriam incompatíveis com sua essência”.*²⁸³

No modo de dizer de Menelick de Carvalho Netto²⁸⁴, há um processo de “doação” da Constituição ao Supremo. A jurisdição constitucional afasta-se do garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada.

²⁸³ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução de Dr. Luis Afonso Heck, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 508-509.

²⁸⁴ CARVALHO NETO, Menelick. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: Constituição e Democracia (Org: Antonio G. Moreira Maués), Editora Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 20 e 154-155.

Pauta-se como guardião de suposta ordem concreta de valores preordenada às normas constitucionais e reduz o direito a uma questão de valores, com grande risco de transformar a jurisdição constitucional em uma instância político-legislativa que se sobressairia ao legislador democrático. Não deve o Supremo Tribunal “*atuar na qualidade de Regente a ocupar o lugar do sucessor ao trono, como se cada indivíduo fosse destituído da capacidade de exercer os próprios direitos*”.

Assim, a atual prática do controle de constitucionalidade estaria a carecer de legitimidade, quer normativa (previsão constitucional para mitigar a nulidade dos atos declarados inconstitucionais), quer democrática. Uma análise sistemática das decisões do Supremo Tribunal Federal - como se vê dos precedentes acima mencionados - viria demonstrar que a tradição alemã da “*jurisprudência de valores*” estaria sendo largamente acolhida pela praxis judicial brasileira, impondo-se uma tensão entre a faticidade, os modelos institucionalizados e a validade do sistema jurídico normativamente concebido a partir da Constituição²⁸⁵.

4.4.5 – Modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade: os pressupostos tomados como fundamento.

4.4.5.1 - Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos emanados da aplicação da lei posteriormente declarada judicialmente inconstitucional devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade. A solução está na própria ordem jurídica, que se apresenta, teoricamente, apta a resolver os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é que há categorias como a justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz

²⁸⁵ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade – uma crítica à prática judicial brasileira. Editora Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2008, p. 170-174.

social, categorias a serem utilizadas pelos tribunais na solução dos casos concretos nos quais a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição de justiça²⁸⁶.

Na vigência da Constituição Federal de 1967, com a redação da dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o Supremo Tribunal assentou a impossibilidade de apreciar de situações concretas decorrentes da aplicação de lei declarada inconstitucional na via do controle abstrato, acentuando que eventual defesa de relações jurídicas oriunda da aplicação da lei declarada nula encontra ambiente adequado no procedimento incidental. É o que se depreende dos julgados proferidos nas Representações de Inconstitucionalidade nºs 1.012 e 1.418, julgadas, respectivamente, em 27 de setembro de 1979 e 24 de fevereiro de 1988.

É importante recordar o que decidido pelo Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343/BA, relator Ministro Leitão de Abreu, quando ficou demonstrada a pertinência da via processual incidental para o acerto das situações concretas relacionadas à observância pelos jurisdicionados de lei somente a *posteriore* declarada inconstitucional, presente a prática da justiça, bem assim a certeza do direito em face da presunção de legitimidade da lei, a segurança das relações jurídicas, a necessidade de paz social e de proteção da boa-fé²⁸⁷. Sua Excelência anotou que os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei proferida pelo Supremo Tribunal Federal operam retroativamente. Destacou que o efeito conferido ao ato declaratório de nulidade da lei não resolve, contudo, a questão de saber se é "*mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional*". Ressaltou, em seguida, ser procedente a tese assente no sentido de que a lei inconstitucional é um fato capaz de gerar direitos, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. Assim, a tutela da boa-fé exige que se apure "*até*

²⁸⁶ É o que se pode colher dos julgamentos proferidos nos Recursos Extraordinários nºs 78.209, em 4 de junho de 1974, e 78.533, em 13 de novembro de 1981, relatados pelos Ministros Aliomar Baleeiro e Décio Miranda, respectivamente. Nesses julgados, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade das leis que serviram de base à nomeação dos servidores, pretendia-se a declaração de nulidade dos atos por eles praticados. A Corte, tomando com base conceitos e princípios de direito administrativo, assentou a higidez dos referidos atos, porque não seria admissível afirmar serem eles usurpadores de função pública em decorrência da nulidade da lei que servira à nomeação: eram funcionários de fato.

²⁸⁷ Recurso Extraordinário nº 79.343-BA, relator Ministro Leitão de Abreu, Segunda Turma, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 82/791-796.

que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”. Firmada a premissa, a Corte, porque no ambiente da via do processo incidental, passou à análise dos fatos jurídicos constantes no processo, relacionados a contrato de locação e à declaração de inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 322, de 7 de abril de 1967, diploma que disciplinava o modo de reajuste da obrigação. O Supremo Tribunal assim decidiu:

“Na espécie, todavia, não há razão para que se examine a quaestio juris sob esse aspecto. (...) Somente no acórdão recorrido foi que se declarou inaplicável na hipótese o artigo 19 da Lei 4.494, visto que, segundo essa decisão, incidiam preceitos do Decreto-lei nº 322, que tornavam válida a cláusula 10ª do contrato de locação. Não cabe afirmar, por conseguinte, que, na espécie, o recorrido – o locador – firmou o contrato de locação na presunção de que a cláusula 10ª do contrato estava autorizada pelo Decreto-lei nº 322. Não há falar-se, pois, no caso, de proteger-lhe a boa-fé com que procedeu, pois está claro que, ao concluir esse negócio jurídico, não tomou em consideração a regra posta nesse ato legislativo. Desse modo, como o acórdão recorrido aplicou ao caso decreto-lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (...) e, como de outro lado, não há razão para que não se aplique retroativamente essa decisão, conheço do recurso e lhe dou provimento (...)”.

É possível vislumbrar nesse precedente a existência de marco divisor entre os procedimentos da ação direta, na qual se examinam, abstratamente, as leis impugnadas em face de preceitos da Constituição Federal, e do processo de controle da constitucionalidade incidental, via processual em que se mostra possível confrontar ou considerar, presente a individualidade, casos, situações ou efeitos particulares porventura resultantes da aplicação da lei declarada inconstitucional. A defesa imediata da Constituição se dá pela via da ação direta. A defesa mediata da Constituição se dá pela via incidental, na qual se mostra admissível o resguardo das situações individuais concretas, tendo em vista a boa distribuição da justiça – o direito subjetivo –, a garantia da proteção constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Na modulação de efeitos tem-se a declaração de inconstitucionalidade de lei e a prolação de provimento judicial no sentido da subsistência do direito individual nascido em virtude da aplicação de lei declarada nula: uma mesclagem do processo objetivo com o subjetivo.

Em tais hipóteses, dir-se-ia que o procedimento se impunha em razão da necessidade de fazer a ponderação²⁸⁸ entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. Uma coisa, no entanto, é a declaração de nulidade da lei; outra é saber se essa nulidade repercutiu ou refletiu sobre os atos concretos. O precedente acima transcrito deixa transparecer a distinção dos procedimentos judiciais adotados: o processo de controle abstrato de normas tem por escopo fundamental a defesa da ordem jurídica contra leis inconstitucionais, sendo instaurado no interesse de toda a coletividade; no processo subjetivo, há a possibilidade de a defesa da Constituição dar-se pela via incidental e de ser protegido o direito individual decorrente da aplicação da lei nula, observadas as cláusulas de preclusão – prescrição e decadência –, e as garantias expressas na Constituição – o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada –, visando a melhor aplicação da justiça. Não se trata, portanto, de ponderação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional e o da segurança jurídica, posto não ser admissível a existência de antinomia entre as disposições da Constituição: a outorga de competência ao Poder Judiciário para exercer o controle da constitucionalidade das leis e a adoção do princípio da segurança jurídica a impedir o exercício da referida outorga. A necessidade de se ter “segurança jurídica” tornar-se-ia o instrumento a ser utilizado pelo Poder Judiciário para, de modo discricionário²⁸⁹, tendo diante de si os supostos fatos,

²⁸⁸ Segundo Ana Paula de Barcellos, in “Ponderação, Metodologia e Racionalidade”, tese de doutorado apresentada em 2004, a colisão de direitos fundamentais, como a colisão de normas constitucionais em geral, não pode ser resolvida mediante subsunção. Não é possível o mero enquadramento do fato à norma, porque mais de uma norma postula aplicação. Daí a necessidade do recurso à ponderação, técnica de decisão própria para os chamados *hard cases* - casos difíceis -, que são aqueles que não comportam solução mediante subsunção, aqueles em que o ordenamento jurídico oferece mais de uma solução possível e razoável. A decisão, nesses casos, envolve escolhas valorativas ou opções políticas. Desse modo, a ponderação é aplicada nas hipóteses de colisão de normas que não podem ser solucionadas pelos critérios tradicionais. Aduz também que as decisões produzidas mediante ponderação, para que tenham legitimidade, deve o intérprete: a) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte, seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.

²⁸⁹ Consoante afirma a autora acima mencionada, as idas e vindas da jurisprudência bem demonstram as dificuldades de se produzirem soluções consensuais nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais. A inexistência de uma solução prévia e abstrata fornecida pelo ordenamento jurídico transfere para o intérprete o ônus de formular a regra do caso concreto, com base em parâmetros que não têm objetividade suficiente. Como consequência natural e inevitável, a previsibilidade das condutas fica afetada, daí advindo menor segurança jurídica. (...) A segurança jurídica, ao lado da justiça e do bem estar social, é uma das finalidades

imprimir a técnica do pragmatismo e, assim, solucionar controvérsias surgidas a partir de proposta legislativa e normativa contrária ao ordenamento constitucional, realizando verdadeira alquimia jurídica. O hermenêuta estaria a adotar procedimento de substituição da Constituição formal, jurídica e normativa, “concreta, positiva ou vigente, uma Constituição ideal ao processo constitucional de elaboração legislativa”, na qual existem, no entender do intérprete, “incongruências lógicas”²⁹⁰.

Há de se ter presente a observação de Vital Moreira²⁹¹:

“A idéia fundamental é a de que ao Juiz constitucional só compete averiguar se a lei é ou não contrária à Constituição, mas não lhe compete substituir-se ao legislador na formulação das soluções conformes à Constituição. (...) É a maioria democraticamente legitimada para governar que compete fazer as leis e não aos juízes, mesmo ao juiz constitucional. A este só compete verificar se aquele legislou contra a Constituição. Ele é um contralegislador, não um legislador.

(...)

Salvo habilitação expressa da Constituição, a tarefa de fiscalização da constitucionalidade não consente ao juiz constitucional emitir normas substitutivas das normas declaradas inconstitucionais, mesmo a título provisório, nem sequer ditar ao legislador as normas que este haja de emitir para substituir as normas declaradas inconstitucionais”.

Advém, então, a compreensão do que venha a ser a prestação jurisdicional impregnada do anseio de praticar a distribuição da justiça e do que seja a prestação jurisdicional constitucional, visando a salvaguarda da Constituição. O efeito imediato da declaração de inconstitucionalidade da lei editada em desacordo com a Constituição é o

do Direito. Mas não é, naturalmente, um valor absoluto, inclusive e sobretudo pela possibilidade de estar em tensão com os outros dois – a justiça e o bem estar social. A segurança jurídica, como produto da segurança social, não é um fenômeno estritamente dependente da técnica legislativa e da hermenêutica jurídica. Ela precisa ser materialmente construída. Prosseguindo, afirma que o Direito deve desempenhar duas grandes funções. A primeira é uma função estabilizadora, de conservação de direitos subjetivos e de promoção da segurança jurídica. A segunda função é transformadora, promocional, ligada à promoção de justiça material, inclusive contra o *status quo*, que se protege sob o manto da segurança. Dessa maneira, sem maniqueísmo, seria preciso indagar: segurança de quem?

²⁹⁰ CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 282-283.

²⁹¹ MOREIRA, Vital. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, maio de 1993, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 195-198.

No mesmo sentido é o julgamento proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 779/DF, relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 11 de março de 1994.

signo da nulidade da lei, a inaplicabilidade do ato legislativo ou normativo assim declarado. O efeito mediato da decisão é a possibilidade de serem desconstituídos os atos praticados com base na lei posteriormente declarada inconstitucional, observadas as cláusulas de preclusão. O objeto da ação direta não é conferir solução às questões individualmente concretizadas com base na lei declarada nula. Veja que o direito de praticar a correção dos referidos atos e o de resistir à correção pretendida não encontram espaços adequados para o embate na via da ação direta. Neste processo não está em jogo a solução de questões subjetivas. Note-se a todos que detém direito incorporado ao patrimônio individual é assegurada constitucionalmente a garantia do devido processo legal, sem o qual os bens e os direitos que lhe pertencem não podem ser alcançados. Essa garantia não se encontra presente quando realizada a modulação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, seja no processo objetivo, no qual não são identificadas partes interessadas, seja no processo ordinário, considerados os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada.

Sem a existência de cláusula expressa na Constituição, não é dado ao Supremo Tribunal Federal proceder à limitação dos efeitos do provimento judicial declaratório de inconstitucionalidade, como se lhe fosse possível transmudar o nulo em meramente anulável, realizando alteração no sistema jurídico via entendimento jurisprudencial. Ainda é de Vital Moreira a seguinte remissão:

“Em suma, são de rejeitar por princípio as concepções de activismo ou de criatividade do juiz constitucional, que fundamentam em boa parte a prática das chamadas ‘sentenças manipulativas’ ou ‘construtivas’, a que se referem os estudos sobre a jurisprudência constitucional de alguns países, nomeadamente na Itália. Porque aí o juiz constitucional assume inequivocamente a veste do legislador e, em vez de se limitar a declarar a inconstitucionalidade das normas que o legislador emitiu, permite-se criar ele mesmo normas em substituição do legislador, ou imputar deliberadamente ao legislador normas diferentes de que este efectivamente emitiu.

Dessa maneira, porém, o juiz constitucional age a descoberto da legitimidade própria da justiça constitucional, e entra directamente em choque com o princípio da maioria e com a repartição de funções entre o legislador – a quem cabe formular as escolhas normativas – e o juiz

constitucional – a quem cabe somente verificar a compatibilidade destas com as normas constitucionais.

A conclusão a tirar é, por conseguinte, a de que o princípio da maioria e o respeito da autonomia constitucionalmente reconhecida ao legislador colocam limites efectivos aos poderes do juiz constitucional. Mas, diversamente de algumas opiniões correntes, esses limites situam-se não no plano da extensão e intensidade do controle, mas, sim, no plano dos seus efeitos, que devem ser essencialmente negativos e não de conformação normativa. Tudo o que na actuação dos poderes públicos infrinja a Constituição cai na alçada do juiz constitucional e deve ser por ele anulado, mas os seus poderes acabam lá onde começa a reserva do legislador, ou seja, a formulação e seleção de opções legislativas de entre as não incompatíveis com a Constituição”²⁹².

Por vezes o Supremo Tribunal também tem tomado em consideração razões de Estado para fundamentar a prolação de “*sentenças manipulativas*”. Colhem-se fundamentos de natureza política destinados a justificar, pragmaticamente, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a na integridade e desrespeitando-a na autoridade²⁹³. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 1995, quando em discussão matéria de natureza tributária, acenou-se com a possibilidade da adoção da limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade “*na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão da calamidade dos cofres da Previdência Social*”. De igual modo se houve a Corte, quando apreciado o Recurso Extraordinário nº 556.664-1/RS. Sem se ater aos limites das questões recorridas pela União Federal, sem anotar a ocorrência ou não de cláusulas de preclusão, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.212/91 e do Decreto-lei nº 1.569/77, que dispunham sobre prazos de prescrição e decadência em matéria tributária – tema reservado à lei complementar -, e, sob o argumento da segurança jurídica, o Supremo Tribunal procedeu à modulação dos efeitos da decisão para “*afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento*”, assentando:

²⁹² MOREIRA, Vital. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, maio de 1993, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 195-198.

²⁹³ Recurso Extraordinário (Agr) nº 269.579/RS, relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de dezembro de 2000.

“O Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento”.

Por expressa disposição constitucional, é vedado à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV). E o que não é dado realizar pela via da legislação, se fez pela jurisprudência, relegando, sob o argumento de razões de Estado, a garantia individual. Ora, o primado do Direito Constitucional escrito pressupõe a validade geral e ampla da Constituição, sem a qual ela não pode ser ordem fundamental jurídica da coletividade. É inadmissível pôr ao largo a Constituição em cada caso particular.

A modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, como anotado e sustentado por parte da doutrina e de integrantes do Supremo Tribunal Federal, viria a ser o resultado da incidência do princípio constitucional da segurança jurídica e de subprincípios a um determinado caso concreto; uma decorrência de um juízo de ponderação em que prevalecem os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional. Estar-se-ia *“diante de uma ponderação entre a norma constitucional violada pela lei ou ato normativo declarado inválido e a segurança jurídica, de modo que, se esta prevalecer – a segurança jurídica –, modulam-se os efeitos da decisão. Na prática, a modulação implica um congelamento parcial da eficácia da norma constitucional violada, que deixa de produzir um de seus efeitos normais por algum tempo, a saber: a nulidade do ato que a ofendeu”*²⁹⁴.

Dir-se-á que pronunciamento desse teor, no sentido da preservação dos efeitos da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional adviria, não apenas com fundamento na segurança jurídica, mas também tendo em vista razões de excepcional

²⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Memorial apresentado em razão do julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 377.457/PR e 381.964/MG, por meio dos quais se discutia a incidência da COFINS sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais.

interesse social, sendo possível concluir que decisão dessa natureza envolve avaliações que não são puramente jurídicas, mas também de política judiciária, tendo em conta as repercussões práticas que pode produzir em relação à sociedade²⁹⁵.

Segundo afirma Hugo de Brito Machado²⁹⁶, a segurança é um dos valores fundamentais da humanidade, que ao Direito cabe preservar. Ao lado do valor “justiça”, a segurança tem sido referida como elemento que escapa à relatividade no tempo e no espaço, razão por que um *“sistema normativo que não tende a preservar a justiça, nem a segurança, efetivamente não é Direito”*. Os elementos universalmente válidos da idéia de direito são só a “justiça” e a “segurança”²⁹⁷. Ressalta-se, com base nesses valores, a necessidade de limitação da pronúncia de nulidade, como técnica para solucionar os problemas relacionados à declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. Por meio da técnica de ponderação entre a norma constitucional violada pela lei ou ato normativo declarado inválido e a segurança jurídica, modulam-se os efeitos da decisão, numa antevisão das possíveis conseqüências, bem assim de um possível entendimento de o resultado da decisão não ser manifestamente justo, acarretando um dano para o bem público ou lesando interesses dignos de proteção: um juízo de ponderação em que prevalecem os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional.

Também em face dessas premissas, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹⁸ afirma que a Administração *“sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação terá de invalidá-lo, a menos que a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito”*. Essa estabilidade dar-se-ia em duas hipóteses: i) quando se esgotou o prazo prescricional para a Administração invalidar o ato; ii) quando, embora não vencido o prazo, o ato viciado se caracteriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele

²⁹⁵ ÁVILA, Ana Paula. Determinação dos Efeitos do Controle de Constitucionalidade: possibilidades e limites. Mimeografado, projeto de tese de doutoramento apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

²⁹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988, Editora Dialética, 5ª edição, São Paulo, 2004, p. 123.

²⁹⁷ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito, traduzido por Professor L. Cabral de Moncada, Editora Armênio Amado, 5ª edição, Coimbra, 1974, p. 162.

²⁹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 26ª edição, São Paulo, 2008, p. 262.

decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada. Em tal caso, a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.

Assim também Miguel Reale²⁹⁹, para quem, *“quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela”*. Assenta-se, também, que existe sobre o dever de invalidar, o de *“manutenção do ato por impedimento do próprio ordenamento jurídico”* e que, *“por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos com boa-fé”*, razão pela qual rever tais situações *“seria atritar com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos”*³⁰⁰.

Dessume-se, então, que na solução de questões a envolver a contraposição de dois princípios constitucionais - no caso o da legalidade substancial e o da segurança jurídica - deve-se ter em mente o fato de não estar em foco a validade dos princípios jurídicos, mas a valoração desses ante o caso concreto, mediante o procedimento de ponderação. É o que se colhe do julgamento da Petição 2.900/RS (medida cautelar)³⁰¹, no qual foi destacada a obra de Miguel Reale relacionada à proteção dos fatos consumados.

Como base nessa doutrina, salientou-se a possibilidade de a conduta praticada durante certo tempo vir gerar situações de fato equiparáveis à situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente a comprometia, tendo presente as duas hipóteses que concorreriam para a estabilização: a) a convalidação do ato nulo e anulável;

²⁹⁹ REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1980, p. 71.

³⁰⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Malheiros, 1994, p. 104-105.

³⁰¹ Petição nº 2.900/RS (medida cautelar), relator Ministro Gilmar Mendes, decisão publicada no Informativo /STF nº 310.

b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade. Em decorrência de um juízo de ponderação em que prevalecem os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional, realçou-se que *“o tema tem, entre nós, assento constitucional – o princípio do Estado de Direito: a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”*. Logo, há de se examinar o sentido de justiça e de equidade e a aplicabilidade dos princípios no caso posto à apreciação, cabendo ao *“juiz dar um sentido concreto aos princípios para cada situação”*³⁰².

Ora, como anotado acima, a modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade viria a ser o resultado da incidência do princípio constitucional da segurança jurídica e de subprincípios a um determinado caso concreto: o Supremo Tribunal Federal, em juízo de ponderação, faria prevalecer os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional.

Há, no entanto, desprezo ao princípio da unidade da Constituição, desconsiderando-se a ausência de antinomia entre as disposições constitucionais e a harmonia das normas nela insertas, pois estaria aí aventada a possibilidade de ser estabelecida uma situação em que simultaneamente dois preceitos constitucionais se contraponham: um que estaria dando ensejo à declaração de nulidade da lei ou do ato normativo; outra que, como se fosse possível convalidar ou sanear o ato nulo, dá cor de juridicidade ao ato surgido da aplicação da lei posteriormente declarada inconstitucional, com o que afasta a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, ainda quando não ocorridas as cláusulas de preclusão previstas na Constituição – ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido – e, na ordem normativa, a prescrição e a decadência.

³⁰² GARAPON, Antoine. O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia. Editora Instituto Piaget, Lisboa, 1998, p. 253.

Sobre o tema, Ronaldo Poletti faz a seguinte anotação³⁰³:

“A vingar a tese de que a inconstitucionalidade, a declaração de nulidade da lei, opera tão somente a partir da decisão judicial pelo Supremo Tribunal – ou de outro momento que a Corte venha a estabelecer – estariam esvaziados os efeitos da decisão judicial definitivamente prolatada pelo mais alto tribunal do País, exatamente aquele que tem, como função, a de guardar a Constituição. Há de se ver, no entanto, que eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta à resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social, etc. Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente isto acontece, pelos tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição de justiça.

O importante está em que a lei inconstitucional não é lei, portanto, ela não obriga, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (...). A lei a ser respeitada e cumprida, em quaisquer circunstâncias, é a Constituição e não a lei que a desrespeita”.

Sabe-se que o objeto da fiscalização da constitucionalidade é a lei – e não o fato ou fato jurídico – em face da Constituição e a finalidade do processo de investigação e a defesa imediata da Constituição. Pela via da modulação ou da limitação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o objeto da fiscalização da constitucionalidade é relegado e a finalidade é diferida por ato pronunciado pelo órgão ao qual outorgada a atribuição precípua de “guardião” da ordem constitucional. A Corte desveste-se da competência constitucional que lhe foi outorgada, para revestir-se da competência própria conferida aos juízes e tribunais de apelação. Dando relevo à necessidade de segurança jurídica, à proteção da boa-fé e tendo em conta a relevante questão social, atua como distribuidora de Justiça.

³⁰³ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das leis, Editora Forense, 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988, Rio de Janeiro, 1989, p. 128-129.

No precedente jurisprudencial acima referido – Petição nº 2.900/RS – deu-se ênfase ao fato de o princípio da ponderação – do qual se serve o Tribunal realizar a modulação dos efeitos do ato inconstitucional – ter assento na Constituição: *o princípio do Estado de Direito: a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.* Há de se ver, no entanto, que em um Estado que se diga de direito – é de direito democrático – o titular (o soberano, o povo) não só dá a teleologia política, mas, também, a intenção de direito. O que implica dizer que esses mesmos poderes políticos – entre eles o judicial – devem ser compreendidos e institucionalizados de modo a concorrerem todos, de modo convergente ou complementar, para a realização da intenção político-jurídica unitária. Ao juiz compete assumir e realizar, no exercício da função judicial, a realização do direito de liberdade de homens reconhecidamente iguais e invioláveis na dignidade. Cabe-lhe, ainda, assumir o fato do poder político, no sentido da idéia de justiça e como órgão que também incumbe co-participar na formação da vontade do soberano – o povo. O Estado de Direito não dispensa a observância aos fundamentos da validade da ordem jurídico-normativa, como se lê do excerto lançado a seguir³⁰⁴:

“(...) Se no Estado-de-Direito a função jurisdicional é chamada a assumir a intenção material do direito para justamente a impor, não só como dimensão essencial de toda a vida social, mas ainda como limite e critério crítico ao poder, e enquanto é isso condição para que se realize uma certa idéia de Estado e se cumpra um determinado projecto de vida humano-comunitária, decerto que é ela assim convocada a uma função política. Só que a função jurisdicional apenas se desempenhará autenticamente desta função política naquele Estado se também no seu cumprimento funcional, ou nas suas decisões, não for determinada pela específica intenção política e, sim, pela autônoma intenção do direito. É próprio de sua função política não ser a sua uma intenção política. (...) Se o direito tem de compreender-se no sistema desta diferenciação intencional e aí com o sentido geral que ficou aludido, a jurisdição é, por sua vez, a função que, nesse sistema, se vê chamada a assumir a diferenciação específica do direito e a cumprir aquele seu sentido. Quer dizer, sendo o direito uma ordem axiológico-normativa de validade material, os seus valores, princípios e normas hão-de compreender-se e cumprir-se na função jurisdicional como critérios-fundamentos e não como critérios-efeitos.

³⁰⁴ NEVES, A. Castanheira. O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais, Editora Livraria Petrony, Coimbra, 1983, p. 419-452.

Na verdade, também a legislação opera no quadro do direito invocando nele a sua legitimidade e tendo de respeitar os limites de validade que a intenção material do direito lhe impõe, porque assim o exige o Estado-de-Direito em que ela se integra e que tem nessa intenção uma das suas capitais dimensões. (...) E isto não apenas por ser a legislação uma determinação política do jurídico, mas porque o direito (a sua intenção material) é o referente translegal e transpositivo que a jurisdição já hermeneuticamente, já normativo-intencionalmente invoca ao operar com a própria legislação – ao interpretá-lo e aplicá-lo normativo-juridicamente. É através da sua assimilação pela juridicidade, e enquanto a juridicidade é também susceptível de se manifestar e objetivar pela mediação legislativa, que os efeitos (fins e efeitos políticos-sociais programados) relevam jurisdicionalmente – em termos de direito e na realização da intenção do direito (...)”.

É certo que a realização da justiça e do direito mediante a aplicação do princípio da ponderação de valores, visando à estabilidade das relações jurídicas, a proteção da confiança e da boa-fé dos indivíduos nos tratos entre particulares e entre estes e o Estado, é *“tema que tem, entre nós, assento constitucional – o princípio do Estado de Direito: a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material³⁰⁵”*. Mas isso se realiza no anseio da busca da melhor distribuição da Justiça e da Justiça possível, bem assim no afã de estabelecer o Justo. Este, contudo, não é o objeto da investigação de constitucionalidade da lei ou do ato normativo. Seja o controle mediante ação direta ou pelo processo subjetivo e incidental, ao Supremo Tribunal compete, precipuamente, a guarda da Constituição e não a realização da Justiça – que poderá até mesmo ocorrer, como consequência do provimento que vier a ser proferido, mas não em virtude do exercício da competência constitucionalmente outorgada: a defesa da ordem constitucional.

Não se há de compactuar com a assertiva segundo a qual há de prevalecer a segurança jurídica, a boa-fé e o relevante interesse social em face da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, tendo como escopo a concretização da justiça, proceder-se à modulação da decisão de inconstitucionalidade, como se em um

³⁰⁵ Petição nº 2.900/RS (medida cautelar), relator Ministro Gilmar Mendes, decisão publicada no Informativo /STF nº 310.

sistema constitucional rígido, em um ambiente democrático, o Poder Judiciário para salvaguarda de interesses individuais, de categorias ou de grupos determináveis, pudesse limitar os efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade, tornando a Constituição algo secundário e apenas nominal.

J.J. Gomes Canotilho³⁰⁶, dissertando sobre o tema “*O princípio do Estado de Direito e os Subprincípios Concretizadores*”, no tópico específico sobre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, anotou que o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. A segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito -, enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem: a) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; b) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – do legislativo, do executivo e do judiciário.

O referido autor, prosseguindo a narrativa, assevera que as refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica – abrangendo a idéia de proteção da confiança – são: 1) relativamente a atos normativos: proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; 2) relativamente a atos jurisdicionais: a inalterabilidade do caso julgado; 3) em relação a atos da administração: tendencial estabilidade dos casos decididos mediante atos administrativos constitutivos de direitos.

³⁰⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 256-266.

Quanto à proteção da segurança jurídica relativamente a atos normativos, o constitucionalista português refere-se ao postulado da precisão ou determinabilidade dos atos normativos. O princípio da determinabilidade das leis reconduz a duas idéias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, mediante interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um ato legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta não oferece uma medida jurídica capaz de: a) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; b) constituir uma norma de atuação para a administração; c) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos. Acentua que os limites jurídicos das leis e de outras normas jurídicas têm de ser aferidos segundo os parâmetros das normas constitucionais.

No concernente à proteção da segurança jurídica em face de atos jurisdicionais, diz que o princípio aponta para o “caso julgado”. O instituto do caso julgado assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo, quer porque a relação material controvertida é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades. O princípio da intangibilidade do caso julgado é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de Direito, na dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica. Observa, contudo, ser diferente falar em segurança jurídica quando está em causa a “uniformidade ou estabilidade da jurisprudência”, por não existir um direito do cidadão à manutenção de entendimentos pretorianos.

O autor, sintetizando, pondera que o princípio de Estado de Direito – com abrangência à segurança jurídica, a proteção da confiança – há de ser tomado em consideração pela jurisprudência constitucional como princípio geral dotado de um mínimo normativo capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos e

justificar a constitucionalidade de atos normativos. Está ele impregnado de um conceito constitucionalmente caracterizado, contendo elementos formais e materiais, exprimindo forma e conteúdo no exercício de atividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos. Às dimensões materiais do estado de direito de modo algum se podem considerar o contrário das dimensões formais, assim dispostas: i) o princípio da constitucionalidade e correlativo princípio da supremacia da constituição;. ii) divisão de poderes, entendida como princípio impositivo da vinculação dos atos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida e da ordenação relativamente separada de funções; iii) princípio da legalidade da administração; iiiii) independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei; iiiiii) garantia da proteção jurídica e abertura da via judiciária para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais.

Tudo reconduz ao entendimento de não ser admissível tomar, para fins de modulação dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade e de fazer prevalecer o ato inconstitucional, a fundamentação com base em observância do princípio do “estado de direito”. Motivação desse teor viria implicar *“um congelamento parcial da eficácia da norma constitucional violada, que deixa de produzir um de seus efeitos normais por algum tempo, a saber: a nulidade do ato que a ofendeu”*³⁰⁷. Há de subsistir, não apenas o estado de direito, mas o Estado Democrático de Direito, princípio que submete a todos, sem acepção, às prescrições e normas constitucionais. Aliás, consoante preleciona J.J. Gomes Canotilho³⁰⁸, *“o Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo)”*.

4.4.5.2 – A aplicação do princípio da boa-fé e a motivação calcada na existência de excepcional interesse social.

Como justificativa para a aplicação do princípio da boa-fé, tem-se a “teoria da aparência”, utilizada para a convalidação dos atos jurídicos em geral, considerando-se a

³⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. Memorial apresentado em razão do julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 377.457/PR e 381.964/MG, por meio dos quais se discutia a incidência da COFINS sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais.

³⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes/Moreira, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 85.

presença de requisitos subjetivos do jurisdicionado, que teria incidido em erro, porque, de boa-fé, considerou determinada situação fática como de direito. A boa-fé, mesmo sendo ela uma característica das relações entre particulares e no trato das práticas de direito privado, teria aplicação também no direito público, com forte razão e justamente para conter os atos da Administração nos limites da razão, da equidade e da justiça, pois os entes públicos devem observância às normas legislativas expressas – princípio da legalidade -, mas, também, aos princípios gerais do ordenamento jurídico ³⁰⁹.

Vicente Ráo³¹⁰ anota que, como “estado psicológico, julgado e medido segundo critérios ético-sociais e manifestado através de atos, atitudes, ou comportamentos reveladores de uma crença positiva errônea, ou de uma situação de ignorância, ou de ausência de intenção malévola, segundo os casos e conforme as exigências legais”, a boa-fé ora é protegida, ora é reclamada pela lei, sempre por um fundamento de justiça. O direito se aperfeiçoa na medida em que leva em conta a boa-fé. Assevera, ainda:

“Os autores que a erigem em princípio geral dizem: ‘a boa-fé não deve ser considerada apenas como princípio geral informador das leis, senão, também, como princípio criador que, de fato, faz surgir direitos’ ou, ainda, sustentam consistir a boa-fé em um princípio a que se deve reconhecer a força de um postulado moral e de segurança das transações”.

Os assentamentos doutrinários³¹¹ trazem a nota do conceito de segurança jurídica com íntima relação com a proteção da confiança. Afirma-se que a boa-fé e sua vertente de proteção da confiança dão conteúdo ao princípio da segurança jurídica, sob o argumento de que nos vínculos entre o Estado e os indivíduos se assegura certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante pelas situações constituídas em consonâncias com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado.

³⁰⁹ Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 612.101/RN, relator Ministro Paulo Medina, decisão proferida em 22 de novembro de 2006.

³¹⁰ RÁO, Vicente. Ato Jurídico, Editora RT, São Paulo, 1997, p. 196.

³¹¹ KNIJNIK, Danilo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo e Constitucional. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, volume 13, nº 21, agosto/dezembro, 1994, p. 123. SILVA, Almiro Régis do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica – Proteção da confiança – no Direito Público Brasileiro. Revista de Direito Público, Belo Horizonte, Ano 2, nº 6, julho/setembro, 2004, p. 7-59.

Segundo Couto e Silva, o princípio da segurança jurídica deveria ser considerado em um duplo aspecto: 1) o objetivo, que diz respeito à irretroatividade dos atos estatais, inclusive normativos, e à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; 2) o subjetivo relaciona-se à proteção da confiança do cidadão em relação aos atos, procedimentos e condutas do Estado, no âmbito das atividades estatais. A par desse entendimento doutrinário, afirma-se a manutenção dos atos concretizados em decorrência da aplicação da lei declarada inconstitucional, evocando o princípio da segurança jurídica, ao qual se imputa o papel diferenciado na realização da idéia de justiça material. Desse modo, *“quando um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento, há incidência do princípio da confiança”*³¹².

Esse também é o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet³¹³ ao sustentar que *“um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social como um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente, inclusive no que diz com certa estabilidade e continuidade do e no Direito”*.

Lúcio Bittencourt pondera que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, “por simples obra de um decreto judiciário”. Assim, conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direito ou obrigações, *“considerações de ordem pública têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz”*³¹⁴. Assim também o Ministro Leitão de Abreu asseverou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343³¹⁵:

³¹² ÁVILA, Humberto Bergmann. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 42, janeiro/fevereiro, São Paulo, 2002, p. 104.

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Artigo publicado na obra Constituição e Democracia – Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho, coordenado por Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê. Editora Malheiros, São Paulo, 2006, p. 300.

³¹⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1949, p. 148.

³¹⁵ Recurso Extraordinário nº 79.343, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 82/791.

“A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato, e fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

Outro pressuposto tomado como suficiente à prolação de decisão relacionada à modulação ou à limitação dos efeitos do ato inconstitucional é a verificação da existência de “excepcional interesse social”. A expressão põe em evidência que tal interesse, mesmo representando o interesse público prevalente na sociedade, não pode dar ensejo ao estabelecimento de confusão com o interesse da pessoa jurídica estatal. O que se tem como pressuposto justificador para proceder à mitigação da declaração de nulidade do ato legislativo ou normativo inconstitucional tem como razão interesses sociais – natureza política -, motivo pelo qual a decisão há de ser fundamentada no princípio da proporcionalidade, a partir de um exame valorativo embasado no juízo da conveniência ou oportunidade: *“É uma apreciação tipicamente política. É subjetiva, porque admitir que haja razões de segurança política, ou interesse social, qualificado de excepcional, depende da visão que cada um tenha das coisas”*³¹⁶.

Sobre o tema, Regina Maria Macedo Nery Ferrari³¹⁷ preleciona:

“Quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela do interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é, a considerá-lo.

(...) Isto posto, necessário ressaltar que para caracterizar o excepcional interesse social, não pode ser considerada a diferença entre a razão da lei e a razão de Estado, pois, não obstante o controle concentrado em mãos do Supremo Tribunal Federal deva estar atento ao cumprimento das normas constitucionais, não se pode entender que isto deva ocorrer até

³¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Sistema Constitucional Brasileiro de Controle de Constitucionalidade, Anuário Iberoamericano de Justitia Constitucional, Madrid, nº 5, 2001, p. 118.

³¹⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2004, p. 313-315.

ao ponto em que razões políticas consideradas suficientemente fortes a isso se oponham. Tal posição deve ter guarida na medida em que não se pode por em perigo o princípio da constitucionalidade e possibilitar que se entenda como excepcional interesse social aquele que corresponde a valores políticos, ou seja, que decorra de considerações de ordem política, colocando, deste modo, em causa a fiscalização de constitucionalidade.

(...) Em face das dificuldades aqui apontadas, o Supremo ao fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com âmbito mais restrito do que em geral, isto é, quando reduzir o âmbito da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade (...) deverá fundamentar os motivos da opção pela determinação (...), ou seja, que a decisão está condicionada pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade”.

J.J. Gomes Canotilho³¹⁸ adverte que *“na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e de actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fácticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com a salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a protecção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais”.*

Como é possível notar, excetuada a motivação relacionada à existência de excepcional interesse social - que tem cunho preponderantemente político -, os demais pressupostos para proceder-se à modulação dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade – segurança jurídica e boa-fé – têm como fundamento a presunção de legitimidade da lei: *“não se deve ter como nulo ab initio o ato legislativo, já que ele entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos”*³¹⁹.

³¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 266.

³¹⁹ Recurso Extraordinário nº 89.108-GO, relator Ministro Leitão de Abreu, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 207/226.

4.4.5.3 – A Presunção de constitucionalidade e a investigação e declaração de inconstitucionalidade.

Cumpra indagar, contudo, se a presunção de legitimidade da lei constituiria impedimento à investigação e à declaração de inconstitucionalidade da lei e se esse fundamento seria suficiente para relegar ao segundo plano o princípio da constitucionalidade, sob a evocação da boa-fé, da proteção da confiança e da segurança jurídica. Também, se a segurança jurídica poderia ser concebida com desprezo à norma constitucional, fundamento de todo ordenamento jurídico. Oportuna é a nota lançada por J. J. Gomes Canotilho³²⁰:

“Em termos jurídicos constitucionais, o dever oficioso de anulação de atos inválidos deve ter em conta a articulação de vários subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito: os princípios da protecção e da segurança jurídica, por um lado, e o princípio da constitucionalidade, por outro lado. De resto, como a doutrina tem salientado (...), os actos da administração podem ser inválidos porque violam, desde logo, o princípio da reserva de lei ou o princípio da primazia da lei. Tendo em conta as exigências resultantes dos princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica (direitos dos particulares directamente interessados, direitos de terceiros) não se vê como é que a anulação de actos inválidos possa ser uma faculdade discricionária. Os princípios da constitucionalidade e da legalidade não se compaginam com a “arrogância” da administração sobre os próprios vícios”.

Consoante Alfredo Buzaid³²¹, *“uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas – as leis – são executórias, embora inválidas”.* E a execução do comando legal, de fato, se impunha, tendo em consideração o império da lei, à qual todos – particulares e Administração Pública – estão submetidos: àquele que suspeitasse da regularidade da lei cumpria, seja em processo objetivo ou subjetivo, a apresentação de arguição do vício. E, enquanto esse não fosse declarado, todos deveriam se submeter às

³²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 266.

³²¹ BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade o Direito brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 128-132.

disposições legais, como decorrência também do princípio da presunção de constitucionalidade da lei.

Rui Medeiros³²², dissertando sobre o tema, aduz que a idéia construída justamente em torno da presunção de constitucionalidade, representa bem a concepção que, em nome da presunção, recusam um controle genérico da constitucionalidade da lei, tendo em conta o fato de ter sido formalmente editada no ambiente de Estado Democrático de Direito, que confia ao legislador, legitimado democraticamente, a realização do direito objetivo. Por isso, os erros do legislador são casos excepcionais e não justificariam a adoção de um princípio de desconfiança ou o afastamento de uma presunção de constitucionalidade. Isso não significa que a constitucionalidade das leis presumivelmente conformes à Constituição não pudessem ser contestadas perante o Tribunal Constitucional. A eficácia da presunção da constitucionalidade há de ser, por causa da posição constitucional ocupada pelo legislador, superior à simples dúvida.

O princípio da presunção de constitucionalidade da lei traz ínsito o atributo do império do comando nela expresso e, enquanto não declarada judicialmente a inconstitucionalidade do referido diploma legal, a *“revolta da Administração contra a lei constitui, indiretamente, uma revolta contra a Constituição”*.

No sistema norte-americano, a competência da Suprema Corte para proceder à fiscalização da constitucionalidade das leis adveio da interpretação sistemática da Constituição e da concepção da teoria dos princípios implícitos. No Brasil, há registros na história no sentido da referida competência ser constitucionalmente outorgada ao Supremo Tribunal. Desse modo, *“a Constituição, mesmo não desconfiando do legislador democrático, tem perfeita consciência de que a lei, anteriormente considerada o maior escudo da liberdade, pode ser hoje um dos seus inimigos mais temíveis e, por isso, recusa qualquer idéia de onipotência do poder legislativo”*³²³. Assim, a presunção de

³²² MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Universidade Católica Editora, Lisboa, Portugal, 1999, p. 224-236.

³²³ MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Universidade Católica Editora, Lisboa, Portugal, 1999, p. 226-227.

constitucionalidade das leis não afeta a competência para a fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais: *“a idéia do ‘favor legis’ não legitima, num Estado que recusa a onnipotência do legislador, o sacrificio do princípio da supremacia da Constituição.”*³²⁴

4.4.5.4 - O justo e o problema da justiça

O objeto da investigação de constitucionalidade é a lei ou o ato normativo, e não os fatos surgidos em virtude da aplicação da lei. Eis o equívoco das disposições legais e dos assentos jurisprudenciais que prescrevem a limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, pois fazem subsistir a lei ou ato nulo, tendo em conta os fatos oriundos ou concretizados a partir da aplicação desses diplomas legais, minando a força normativa das disposições constitucionais - que no caso são postas como secundárias e apenas nominais - e agredindo a ordem jurídica constitucionalmente estabelecida, o Estado Democrático de Direito, com grave prejuízo à segurança jurídica.

Sobre a controvérsia relacionada com o estabelecimento do direito – do direito justo -, Manuel A. D. de Andrade, prefaciando livro de Francesco Ferrara, anota que a vida e o espírito postulam um direito reto, um querer justo e oportuno. Um direito que harmonize a justiça, que valere a realidade existente, aspirando estruturá-lo segundo um modelo ideal, considerando o efetivo e relativo desta mesma realidade – um direito, no fim de contas, que estabeleça a justiça do possível ou a possível justiça. Mas, por outro lado, a vida pede também, antes de tudo, segurança e, portanto, um direito certo, ainda que seja menos reto. A certeza do direito, sem a qual não pode haver uma regular previsibilidade das decisões dos tribunais, é a condição indispensável para que cada homem possa ajuizar das conseqüências dos atos que pratica, quais os bens que a ordem jurídica lhe garante, animando-se a traçar e executar planos.

No referido prefácio sublinha-se que a certeza do direito sobreleva à retidão. A vida contenta-se melhor com um direito certo, embora com menos possibilidades de ser

³²⁴ MEDEIROS, Rui. Ob. cit., p. 227.

reto, do que com um direito que lhe ofereça largas virtualidades de retidão, mas só à custa de menos certeza. Ressalva-se que a afirmativa acima encontra restrições e limites, pois a injustiça e a não-oportunidade do direito constringe, mortifica a tal ponto a vida que esta passa a querer retidão a mais, ainda que em virtude desta pretensão tenha de pagar pelo preço de uma certeza menor. O ideal seria que o direito fosse sumamente certo sem deixar de ser também sumamente reto. Mas este ideal é inacessível, tanto para a política e para a técnica legislativa, como para a ciência jurídica, até porque, em parte, são contraditórios os processos com que se alcança a certeza e os que levam à retidão do direito³²⁵.

Compreende-se que a melhor interpretação será aquela a conduzir o direito legislado a mais completa realização, a mais otimização, combinando e equilibrando certeza e retidão. Deve-se buscar a interpretação objetiva da lei, de modo mais amplo e fecundo, mais substancial e plástico, a contentar as múltiplas exigências da prática e a reger as novas combinações ou arranjos econômicos, sociais, tendo presente, tanto quanto possível, os fatos previsíveis e imprevisíveis que a vida continuamente suscita e reclama.

Surge, então, o princípio da atualidade da interpretação: a substância da lei há de acompanhar o processo da história, o devir social. Mantém-se a concordância da legislação com a realidade exterior. Isto não significa ser dado ao intérprete um mar de vagueza tal. Se o texto há de ser tomado visando à recomendada justiça, à segurança jurídica, à paz social, não é dado ao intérprete degradar a chancela da solução que aprovou ao legislador, sob pena de tornar as leis, em contraposição a outras declarações de vontade, apenas recipiente vazio, onde o intérprete derrama o que lhe parecer mais razoável. Isto porque, dar ao texto legal o significado que se julga ter num dado momento, ainda que contrário àquele que precedentemente a ele serviu de motivação, ou procurar no escopo prático a norma de direito, equivaleria conferir ao intérprete uma liberdade de apreciar as novas exigências dos tempos e a natureza das relações segundo o sentimento individual que o nutre, o que equivaleria a torná-lo árbitro da situação concreta, dando-lhe o poder de regular o caso segundo o tino que lhe parecer.

³²⁵ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Traduzido e prefaciado por Manuel A. D. de Andrade, Livraria Acadêmica e Saraiva & Cia. Editores, 2ª edição, São Paulo, 1937, p. 52.

Os intérpretes - entre eles o magistrado - ficariam erigidos à condição de legislador, como no sistema do direito livre. Os ditames da lei seriam reduzidos à simples moldura. Transformar-se-ia o juiz em legislador e sempre ele, em última análise, seria o árbitro de todas as interpretações da lei e de todas as situações em que esta fosse aplicável, regulando a bel-prazer todas as contestações judiciais.

Se assim se admite, todo o juiz e tribunal seriam árbitros soberanos da vida do direito. E, ainda que fossem os mais honestos e bem intencionados, onde residiria a certeza e a precisão do direito? Seriam eles inovadores, só porque livremente interpretam o direito, ou estariam retomando períodos anteriores às conquistas da civilização, quando foi substituída a incerteza dos costumes, da instabilidade e das arbitrarias opiniões individuais pela certeza possível advinda da lei e pela imutabilidade dos imperativos lógicos aplicados à interpretação do direito positivado³²⁶.

Ao juiz se deixa liberdade de apreciação e interpretação, exigindo-se dele uma atividade então comparada, nos aspectos técnicos, com a do legislador. No entanto, o intérprete há de mover-se no âmbito das possíveis significações lingüísticas do texto legal, respeitando o sistema legislativo, não lhe quebrando a harmonia, não lhe alterando ou rompendo a coerência interna. Só até onde chegue a tolerância do texto e a elasticidade do sistema é possível assentar a interpretação, buscando o sentido mais justo, mais apropriado e ótimo às exigências da vida. Entre as acepções que a letra da lei comporta e o sistema não exclui, atuará o juiz, valorando-as pelos critérios da reta justiça e da utilidade prática.

Visto assim, o texto da lei não se apresenta como obstáculo negativo à interpretação. Exerce função positiva, a par dos signos, de valores, de opções de escolha legislativa, de apreciação de princípios. São limites que possuem grande carga decisiva e se apresentam de suma importância na prática da interpretação, na busca da certeza do direito e da segurança jurídica.

³²⁶ MONCADA, Cabral de. Lições de Direito Civil, volume I, Coimbra, Portugal, 1932, p. 180.

As questões do dever-ser jurídico, contudo, estão sujeitas a variedade e a antagonismo no ambiente comum dos operadores do direito. Daí não se exigir e impor anuência de todos. Daí a insanável desavença entre os homens e a imprevisibilidade das opiniões e idéias. Cada solução representa um pressuposto, um dado ou um marco para a interpretação das outras disposições da lei, cujo sentido poderá ser colhido a partir da análise do texto e do sistema jurídico adotado. Proceder-se-á à investigação dos signos, da lingüística, dos princípios aplicáveis ao caso concreto, sempre tendo como ponto de referência a lei e o que nela estabelecido, tudo para a formação de uma jurisprudência que sinalizará a certeza do direito e a segurança jurídica possíveis.

A coerência dos Tribunais e a consistência dos precedentes servirão ao acertamento dos alicerces da previsibilidade das decisões judiciais diante de outras controvérsias e contribuirá para orientar as condutas, os comportamentos e o estabelecimento das relações jurídicas, privada ou pública. Não há de ser defendida uma ordem jurídica estática e estéril. Também não há de se resvalar para a anarquia, para a hostilidade à vida jurídica. Nestes marcos, ter-se-á a liberdade indispensável para o exercício da aplicação do direito legislado, sem sobressalto ou desequilíbrio patológico: uma ordem dinâmica, um dinamismo ordenado, certo de que é possível a existência de lacunas na lei, mas não no direito³²⁷.

É preciso estar atento aos princípios da objetividade e da atualidade, para não ser instaurado no sistema a instabilidade e a imprevisibilidade das soluções jurídicas. Hão de ser considerados os valores da certeza do direito e da segurança jurídica que têm assento na doutrina da não-retroatividade da lei: há de se dar aplicação à interpretação que competia à lei no tempo do fato jurídico em causa, segundo o ideal da justiça e os interesses da prática de então. Os limites do texto legal e a inteligência colhida do sistema jurídico adotado permitem ao juiz a busca das soluções pedidas pela consciência jurídica nos vários tempos e circunstâncias. À nova interpretação, decorrente de novos tempos e circunstâncias, não se imprimirá consequência retroativa, sob pena de comprometer a

³²⁷ GENY. Méthode d'interprétation et sources em droit prive positif, 2ª edição, 2º volume, Paris, França, 1919, p. 346.

estabilidade das situações jurídicas constituídas, afetando aqueles que não faltaram com a circunspeção e a prudência no agir. Desta maneira, concorrem para o estabelecimento da certeza do direito e da permanente retidão; da consistência e segurança das relações jurídicas e do progresso jurídico.

Francesco Carnelutti, referindo-se à certeza do direito sobre a justiça ou da retidão do conteúdo deste direito, exalta a primazia capital da segurança ou da ordem, que exigem a certeza do direito. Acentua que todo o mecanismo do direito que nos rege é um contínuo sacrifício da justiça à certeza e somente *“os leigos do direito não compreendem a necessidade de sacrificar, dentro de certos limites, a justiça e a certeza”*³²⁸. E, tendo em conta a mesma assertiva, frisa Radbruch que *“a existência dum ordem jurídica é mais importante do que a sua justiça (...). A justiça é a segunda grande missão do direito, sendo a primeira, a segurança jurídica, a paz”*³²⁹.

Mediante a técnica de limitação dos efeitos do provimento declaratório da inconstitucionalidade da lei, o Supremo Tribunal Federal, seja no processo objetivo ou subjetivo, tem formulado na parte dispositiva dos pronunciamentos que profere duas decisões: na primeira, declara a inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo, porque verificada a incompatibilidade com a Constituição; na segunda, desprezando os efeitos regulares da nulidade, realiza a manipulação dos referidos efeitos, dando ensejo à subsistência da lei no mundo fático, ainda que contrária ao ordenamento jurídico, sob o argumento de preservação da segurança jurídica, de proteção da boa-fé e da confiança e, ante uma situação mais política do que jurídica, faz-se a ressalva também quando no julgamento é verificada a existência de “relevante interesse social”.

As decisões assim proferidas estariam a revelar a prática da tradição alemã da *“jurisprudência de valores”* na práxis judicial brasileira³³⁰. O Supremo Tribunal Federal, pondo à parte a missão constitucional que lhe foi outorgada – a de guardião da

³²⁸ CARNELUTTI, Francesco. Studi di diritto processuale, Pádua, Itália, 1925, p. 244.

³²⁹ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito, traduzido por Professor L. Cabral de Moncada, Editora Armênio Amado, 5ª edição, Coimbra, 1974, p. 34.

³³⁰ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade – uma crítica à prática judicial brasileira. Editora Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2008, p. 170-174.

Constituição e não do direito –, tem como aplicáveis àquelas situações as categorias jurídicas da imperatividade da justiça, da certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), da segurança das relações jurídicas, da paz social pelos tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição de justiça; que a lei inconstitucional não é lei, portanto, ela não obriga: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei e a lei a ser respeitada e cumprida, em quaisquer circunstâncias, é a Constituição e não aquela que a desrespeita. Como anotado acima, a atual prática da modulação dos efeitos do ato inconstitucional no processo de controle de constitucionalidade estaria a carecer de legitimidade constitucional.

4.4.5.4.1 – O juízo de ponderação como elemento de interpretação e aplicação para obter a solução justa. A Justiça e o problema da Justiça.

Segundo J. J. Gomes Canotilho³³¹, a idéia de ponderação ou de balanceamento surge onde haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” entre bens juridicamente protegidos, tendo relevo no direito constitucional pelas seguintes razões: 1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais, o que torna indispensável o balanceamento de modo a obter uma norma de decisão da situação, uma norma de decisão adaptada às circunstâncias do caso; 2) formatação de princípios constitucionais, em casos de colisão, visando à solução de conflitos, sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais, que não se reconduzem a alternativas radicais do “tudo ou nada”; 3) fratura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens.

O autor faz indagações a respeito do momento em que se impõe o método da ponderação para obter uma solução dos conflitos de bens constitucionais e responde: a) em primeiro lugar, a existência, pelos menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não

³³¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª Edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 1222-1228.

podem ser realizadas ou otimizadas em todas as potencialidades; b) concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstratas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstrato feito pela norma constitucional; c) excluem-se do exame as relações de preferências ou privilégio, porque nenhum bem ou interesse tem valor “reforçado” ou até absoluto. Isso implica a verificação e ordenação, em cada caso ou grupos de casos específicos, de esquemas de prevalência parciais ou relativos, pois, em um caso ou em outro a prevalência pode pender para um lado ou para outro; d) é indispensável a justificativa e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade, da justiça e da segurança jurídica; e) o método da ponderação ou balanceamento não pode dissolver os esquemas de competência constitucionalmente definidos: há a necessidade de observância das regras constitucionais de competência.

Adverte, contudo, que a técnica da ponderação não é “*um modelo de abertura para uma justiça casuística, impressionística ou de sentimentos*”, sendo exigível uma cuidadosa justificativa e uma “topografia do conflito”. A análise via “*topografia do conflito*” teria como escopo esclarecer: a) se e em que medida a área ou esfera de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à esfera de um outro direito também normativamente protegido; b) qual o espaço que “resta” aos dois bens conflitantes para além da zona de sobreposição. É imprescindível, também, a realização do “teste da razoabilidade”, para descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de proteção e em conflito com outros, de modo a excluir “*a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo fato de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar ‘enquadrado’ na esfera de proteção de uma norma constitucional*”.

Diz, então, que a ponderação é apenas um elemento do procedimento de interpretação/aplicação de normas conduzente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de uma norma de decisão, estando em causa não tanto atribuir um “*significado normativo*” ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes, ou sob tensão, aplicando-se, em seguida, num determinado caso. Essa atividade interpretativa

começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens, visando atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar, elaborando critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens. A ponderação reconduz-se, no fundo, à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes: hierarquia, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios; móvel, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso. O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de “*solução justa de conflitos entre princípios*”.

Hans Kelsen³³² observa que “*onde não há conflitos de interesses, não há necessidade de justiça. Um conflito de interesses se apresenta, todavia, quando um interesse só pode ser satisfeito à custa de outro, ou seja, quando dois valores se contrapõem e não é possível concretizá-los ao mesmo tempo se a concretização de um implicar a rejeição de outro*”. Anota, no entanto, que a resposta à pergunta sobre a hierarquia e valores – como vida e liberdade, liberdade e igualdade, liberdade e segurança, verdade e justiça, apego à verdade e compaixão, indivíduo e nação – será necessariamente diversa, dependendo da pessoa a quem a pergunta se dirige. A resposta terá sempre o caráter de um juízo de valor subjetivo e, portanto, relativo.

No âmbito do direito positivo, a atividade do legislador poderá trazer em si o atributo do “justo ou injusto”. A atividade do juiz, na aplicação da lei, também pode ser considerada justa ou injusta, mas apenas na medida em que ele atua na condição de criador de Direito. E na medida em que aplica o direito, a conduta por ele desenvolvida é qualificável como lícita ou ilícita, exatamente como a conduta dos que estão sujeitos ao Direito. Esses dois tipos de juízos são comparáveis a afirmação de que algo é bom ou mau, belo ou feio. Implicam valoração. E o objeto dessas avaliações pode ser uma dada conduta humana, uma ordem jurídica, uma regra jurídica ou uma instituição jurídica. Os valores envolvidos em juízos são designados como “valores de Direito”, ao passo que os envolvidos em juízos no sentido de que algo é justo ou injusto são chamados “valores de

³³² KELSEN, Hans. O que é Justiça? Editora Martins Fontes, 3ª edição, São Paulo, 2001, p. 2-25.

justiça”. Como o Direito se manifesta na forma de uma ordem jurídica positiva, um juízo jurídico de valor é sempre verdadeiro ou falso relativamente a tal ordem jurídica positiva. A mesma conduta pode ser lícita relativamente a uma ordem e ilícita relativamente à outra. A dúvida quanto à licitude de determinada conduta é resolvida quando podemos indicar uma regra jurídica que se refere, afirmativa ou negativamente, à conduta em questão. A essa regra denomina-se “norma”, cujo significado específico é expresso por um “dever-ser”. Assim, o juízo jurídico de valor de que uma conduta é lícita ou ilícita é uma asserção de uma relação afirmativa ou negativa entre a conduta e uma norma cuja existência é pressuposta pela pessoa que faz o juízo. O juízo jurídico de valor pressupõe a existência de uma norma, de um “dever-ser”. Afirma-se, então, que um juízo de valor é sempre formado pelo interesse efetivo de alguém e, desse modo, esse juízo não é um enunciado de “dever-ser”, mas de “ser”, é uma valoração, é um fato. O motivo para a validade da norma – o “dever-ser” – é sempre outra norma, nunca um fato e *“se continuarmos nossa busca de motivos pelos quais são válidas as normas jurídicas, chegaremos por fim a uma última norma, cuja criação não foi determinada por nenhuma norma superior”*: a norma fundamental hipotética. A ordem jurídica de um Estado é, assim, um sistema hierárquico de normas legais³³³.

Os juízos de valor podem referir-se à conduta dos sujeitos da ordem jurídica ou à conduta de órgãos criadores e de aplicadores da lei. A conduta dos sujeitos pode ser julgada segundo as normas individuais estabelecidas pelos tribunais ou diretamente, segundo as normas gerais incorporadas às leis com base nas quais os tribunais tomam as decisões. Assim, um juízo de valor de que um ato legislativo é lícito (legal) significa que ele está em conformidade com a constituição que confere ao órgão legislativo o poder de criar a lei.

O autor acima referido diz que o valor do direito, como concebido pela teoria normativa, é objetivo. Um objeto valorável é valorável para todos. Se os valores de Direito, as qualidades lícitas e ilícitas, do legal e ilegal encontram-se nas relações de uma conduta com uma norma jurídica, então uma conduta é valorável não apenas para certo

³³³ Kelsen, Hans. O que é Justiça? Editora Martins Fontes, 3ª edição, São Paulo, 2001, p. 203-224.

indivíduo ou apenas para o indivíduo que, por um ato de sua vontade, cria a norma jurídica: é uma conduta lícita ou ilícita para todos. Essa objetividade de valores de Direito é limitada apenas na medida e que sua existência implica a existência de uma norma jurídica, e esta, por sua vez, depende da pressuposição da norma fundamental. Sustenta que, por isso, a idéia de uma norma, um “dever-ser”, é meramente ideológica. Um conceito ideológico é um conceito que cumpre outra função além de descrever e explicar a realidade. Se se concebe o Direito como um complexo de normas e, portanto, como uma ideologia, essa ideologia difere de outras, especialmente as metafísicas, na medida em que corresponde a certos fatos da realidade. Se o sistema de normas jurídicas é uma ideologia, é uma ideologia paralela a uma realidade definida. Essa realidade consiste na eficácia do sistema como um todo e nos fatos que constituem a criação ou a anulação de normas particulares. E assim prossegue³³⁴:

“O valor de justiça não é da mesma natureza que o valor do Direito. (...) Um juízo que afirma que algo é justo ou injusto pretende afirmar um valor objetivo. As normas que são efetivamente usadas como padrões de justiça variam de indivíduo para indivíduo e muitas vezes são mutuamente irreconciliáveis (...). Algo é justo ou injusto apenas para um indivíduo para o qual a norma adequada de justiça existe, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve.

(...)

Existe, porém, apenas um Direito positivo. Ou existe para cada território apenas um Direito positivo. Seu conteúdo pode ser averiguado sem ambigüidade por um método objetivo. A existência dos valores de Direito é condicionada por fatos verificáveis objetivamente. Às normas do Direito positivo corresponde certa realidade social, mas não às normas de justiça. Nesse sentido, o valor do Direito é objetivo, ao passo que o valor de justiça é subjetivo. E isso se aplica mesmo que às vezes um grande número de pessoas tenha o mesmo ideal de justiça. Os juízos jurídicos de valor são juízos que podem ser postos à prova objetivamente por fatos. Portanto, são admissíveis em uma ciência do Direito. Mas deve-se notar que a questão quanto a ser legal ou ilegal uma conduta definida em um caso concreto deve ser decidida pela autoridade jurídica competente, não pela ciência do Direito. Os juízes de justiça não podem ser postos à prova objetivamente. (...) Os juízes de justiça são juizes de valor morais e políticos, em contraposição aos juízes jurídicos de valor: um valor é subjetivo se seu objeto é valorável apenas para os que estão interessados nesse objeto (...). Um valor é objetivo se seu objeto for valorável para todos”. (grifo nosso)

³³⁴KELSEN, Hans. O que é Justiça? Editora Martins Fontes, 3ª edição, São Paulo, 2001, p. 219-224.

O Supremo Tribunal Federal, na prática da técnica de modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, presentes os pressupostos da segurança jurídica, da boa-fé, da confiança e do relevante interesse social, tem adotado um juízo de “ponderação entre a norma constitucional violada pela lei ou ato normativo declarado inválido”³³⁵.

É importante anotar que o texto de uma lei declarada inconstitucional descrever um “dever-ser” incompatível com o “dever-ser” expresso na Constituição. Desse modo, no anseio de melhor distribuição da justiça, a Corte não pode converter o “dever-ser” em “ser”, criando uma norma adequada a favor de interessados e estabelecendo desigualdade em relação a todos que estão submetidos aos mesmos ditames da lei declarada nula. No afã de praticar a justiça, o Supremo estaria atuando além das competências previstas nos artigos 102 e 103 da Carta Federal e relegando ao segundo plano a missão que lhe foi outorgada, a de guardião da Constituição, olvidando que “a norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça”³³⁶.

4.4.6 – O soberano, a outorga de poderes e a democracia.

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É esta a disposição contida no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, a revelar o soberano e a legitimação do poder outorgado para o exercício das funções estatais.

³³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Memorial apresentado em razão do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 377.457/PR e 381.964/MG, por meio dos quais se discutia a incidência da COFINS sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais.

³³⁶ KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. Editora Martins Fontes, 3ª edição, São Paulo, 1998, p. 177.

Depois que o Estado moderno se desenvolveu a partir das Guerras da Religião nos Séculos XVI e XVII, surgiu a questão da organização racional do Estado e da necessidade de decidir baseado em determinados princípios: a questão da constituição.

O Estado anterior não carecia de constituição, porque a constituição era simplesmente *institutio*, ou seja, historicamente desenvolvida e conformada a maior parte das vezes contratualmente, orientada em redor das teorias jusnaturalistas ou se tratava simplesmente de distribuição de poder que resultava das forças realmente existentes. Nesse sentido, todo “Estado” teria uma constituição, pois um Estado sem um modo de constituição seria uma anarquia. A esse Estado anterior faltava o estabelecimento de uma ordem jurídica, que o transformasse em um *constitutio*, deduzida a exemplo jurídico-romano do *rem publicam constituere*. O Estado assim constituído era chamado *Estado Constitucional*, entendido como um Estado cuja existência e forma de ser se realizava mediante a submissão a uma ordem jurídica, por meio da qual, consoante as idéias básicas prescritas, asseguravam-se a unidade e a capacidade de ação do estatal na totalidade, delimitavam-se as funções do poder do Estado, proporcionando aos cidadãos o direito de participação na formação deste.

Eram freqüentes as referências a precedentes hebreus, gregos e romanos que, em face de documentação assim formada, se apresentavam com a aparência de Constituição. Exemplo clássico é o da Cidade-Estado de Atenas e a constituição por ela criada, que se caracterizava, sobretudo, pelo fato de o poder ilimitado até então da aristocracia ser limitado mediante a criação de uma assembléia do povo – a Eclésia. Nela, todos os cidadãos livres decidiam as questões fundamentais – como declaração de guerra, criação de novas instituições estatais, concessão de direitos – e elegia os funcionários. Enquanto tribunal do povo cumpria-lhe decidir os processos e a forma como se desempenhavam as funções. Mas tais constituições eram *institutio* e foram passageiras.

O mesmo pode-se dizer de alguns decretos expedidos durante o Império Romano, que tiveram o nome de *constitutiones*. De igual modo se houve as *Leges fundamentales* do antigo império da Alemanha. Como bem o demonstra a utilização do

vocábulo no plural, não possuíam o caráter de uma decisão de vontade unitária, tomada por um “centro” sobre o conteúdo básico da vida do Estado. Eram mais um texto de *privilégios de estamentos*, regras sobre sucessão ao trono, normas de organização e liberdades religiosas... Também assim eram as *Leys fundamentales* dos demais Estados europeus, até a segunda metade do Século XVIII. A maior parte dessas leis tinha o caráter de *Leyes contractuales*, tal como resulta da Magna Charta de 1215, da *Joyeuse Entrée de los Países Bajos* de 1356 e do *Tübinger Vertrag* de 1514. Uma exceção poderia ser encontrada nos documentos da história constitucional inglesa, algo mais parecido com as constituições escritas modernas, no *Agreement of the people* (1647) e no *Instrument of government* (1653). Estes também foram de aplicação breve.

A mudança e o desenvolvimento da constituição advieram com o abandono da idéia de contrato e a produção de um novo conceito de Constituição: o fenômeno de uma Lei Fundamental do Estado na forma de uma única Constituição Jurídica escrita, orientada por determinados princípios hauridos de conhecimentos teórico-científicos, que se realizam na emissão de uma norma por parte de forças políticas constituintes.

Este conceito de constituição nasce pela primeira vez no final do Século XVIII. Nesta época, a constituição se converteu em Constituição, que organiza o poder do Estado em seu conjunto, em uma ordem fundamental. O conceito de constituição materialmente entendido alcança ao mesmo tempo um estágio de formalização conhecido por todos. Na constitucionalização, o decisivo não foi a idéia da codificação e, sim, a determinação consciente da configuração global do Estado, organizado com base em fundamentos.

Esta vontade de conformação se manifesta em um ato do poder constituinte, independentemente de quem seja este. O Estado experimenta, mediante a Constituição, a própria natureza com plena consciência. Esta compreensão da constituição se converte, ao final do Século XVIII e começo do Século XIX, em uma idéia acolhida nos Estados Unidos da América e na Europa. O objetivo e a finalidade desses documentos formais era dar ao Estado uma orientação fundamental, uma ordem jurídica fundamental.

No marco do desenvolvimento constitucional moderno, hão de ser realçadas as Constituições americana e a francesa. A partir destes documentos, o conceito de Constituição encontrou cada vez mais difusão para a organização do poder do Estado. Foi o poder constituinte do povo que a criou: é a idéia de que o poder do Estado somente pode ser exercido legitimamente sobre a base de uma Constituição, que reflete a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo e do cidadão, bem assim os direitos fundamentais do homem frente ao Estado.

Independentemente de qual tenha sido a influência da ação constituinte americana nas constituições européias, no velho continente surgiram tentativas de constituições para fazerem frente ao absolutismo. Estas constituições foram efêmeras. Ressurgiu a cena da outorga pelo “Senhor do Território” do pacto constitucional, de caráter contratual. O poder constituinte do povo e a divisão dos poderes do Estado fracassaram frente o Príncipe Monárquico. Todo o poder do Estado permanecia concentrado no Chefe do Estado: o *Senhor do Território* continuava sendo o Soberano e a constituição era uma concessão unilateral do Príncipe.

Apesar do complicado processo de acertamento dos preceitos constitucionais, a constituição tornou-se componente indispensável do Estado moderno, desde a segunda metade do Século XIX. Uma Constituição e o conteúdo nela determinado se converteram em parte constitutiva fundamental do Estado e do direito. A Constituição, em suma, é a determinação da ordem com base na qual uma Nação se propõe alcançar, coletivamente, os fins e as vantagens da sociedade política. Como ordenamento jurídico básico do Estado – Constituição normativa –, a idéia de Constituição exige necessariamente e de modo imprescindível a determinação da ordem do Estado. E a expressão dessa idéia é o princípio do poder constituinte do povo, que pugna pela demarcação e alcance do poder político, pela garantia da liberdade individual e dos direitos fundamentais do homem e do cidadão³³⁷. Este anseio está colmatado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem

³³⁷ STERN, Klaus. Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana – Historia de La Constitucion, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 191-246.

e do Cidadão em 1789, disposição que se converteu no conteúdo de todas as constituições: “*Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação de poderes, não tem Constituição*”.

A idéia de Constituição se concretizou no final dos séculos XVIII e XIX, em um movimento justamente chamado “*constitucional*” que, após a segunda grande guerra, voltou a ter sentido específico com o debate sobre o “ser” Constituição: o povo decidindo por si mesmo a ordem política, definindo-lhe a estrutura básica e o funcionamento, dela participando; os que se encontravam investidos do poder eram agentes e servidores do povo e não os proprietários desse; a limitação do funcionamento do poder, preservando-se a autonomia privada – liberdade e direitos fundamentais. Esse poder não poderia ser superior à sociedade, mas o instrumento de realização desta. Desse modo, não é a Constituição um ato outorgado por um soberano pessoal, nem uma imposição à comunidade por um império. Também não é um instrumento de estrutura política básica que inclua a definição de poderes virtualmente absolutos, indeterminados, para os quais não se reconhecem limites efetivos nos âmbitos de livre determinação e exercício. Tampouco uma concessão do Estado. A Constituição, como instrumento jurídico, expressa o princípio da autodeterminação política comunitária, pressuposto de caráter originário. Portanto, hígido se apresenta o que disposto no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

J.J. Gomes Canotilho³³⁸ observa que a Revolução francesa transportou as idéias de “*poder constituinte e de assembléia constituinte*”. Surge a centralidade política da nação, titular do poder constituinte, que se permite constituir, pretender e criar uma nova ordem política e social, prescritivamente dirigida para o futuro, mas, simultaneamente, símbolo da ruptura com o “*ancien regimen*”. O poder constituinte tem um titular – o povo – e caracteriza-se por ser um poder originário e autônomo. O poder constituinte é soberania constituinte do povo e esse *supreme power*, identificado pela doutrina como poder constituinte, está assim resumido: a) o estado de natureza é de caráter social; b) neste estado

³³⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª Edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 71-74.

de natureza os indivíduos têm uma esfera de direitos naturais, antecedentes ou preexistentes à formação de qualquer governo; c) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; d) o “contrato social” mediante o qual o povo “consente” o poder supremo do legislador não confere a este um poder geral, mas um poder limitado e específico e, sobretudo, não arbitrário; e) só o corpo político reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade.

O titular do poder constituinte é uma resposta democrática: só o povo pode deliberar sobre a conformação da ordem político-social: é o poder constituinte do povo.

Na teoria política e constitucional, “povo” não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político³³⁹. Portanto, a noção de “povo” tem importância decisiva com o ressurgimento da idéia de democracia. Tanto assim é que as constituições referem-se com freqüência ao povo. A razão está no fato de que precisam legitimar-se.

A invocação do povo traz um quê de legitimação. É importante, no entanto, não se fazer a redução da soberania popular à mera ideologia, não permitir que no processo da democracia o povo seja substituído por estruturas de dominação. Enquanto instância de atribuição, o povo reflete-se como grandeza diante da textificação do poder constituinte. Entretanto, há de se ter em conta a necessidade de um ponto de confluência que uma constituição democrática deve manter para assegurar o próprio desenvolvimento: a vontade geral do respectivo povo sempre deverá ser mediatizada, dividida e temporalizada, pois uma constituição democrática não pode alcançar a legitimidade de uma vez para sempre, mas apenas em um processo que se renova de maneira permanente. Surge daí a tensão entre a identidade da constituição e o “nós” do povo, por ser imprescindível procede sempre à relegitimação pela inclusão de diferenças advindas e verificadas na comunidade. A isso se

³³⁹ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição revista e atualizada, São Paulo, 2009, p. 10-37.

refere J. J. Gomes Canotilho³⁴⁰, com remissão a Miguel Galvão Teles, como a “*necessidade de domesticação jurídica do poder constituinte*”, que, no afã de perenizar o que constituído, fixa limites ao poder derivado ou ao poder de revisão, assim estabelecendo um paradoxo democrático: o poder de demarcar limites às gerações futuras, dificultando o exercício de modificações e impondo à soberania do povo “*cadeias para o futuro*”.

Releva notar que,

“(...) se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta ‘vontade de constituição’ pode deixar de condicionar a vontade do criador. Este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta da comunidade e, nessa medida, considerados como ‘vontade do povo’. Além disso, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça, que independentemente da sua configuração (...) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte”³⁴¹.

Esta vontade de “poder constituinte do povo” está fortemente expressa no ordenamento político americano, na conhecida fórmula preambular “*We the People*”, indicando com clareza a dimensão básica do poder constituinte, qual seja, criar uma constituição, para neste documento escrito estabelecer um conjunto de regras onde se afirmasse: a idéia de “povo” como autoridade ou poder político superior; a subordinação do legislador e das leis que ele produz às normas da constituição; a inexistência de poderes supremos ou absolutos, sobretudo de um poder soberano supremo; a afirmação de poderes constituídos e autorizados pela constituição, colocados em um posicionamento equiordenado e equilibrado (“*checks and balances*”); garantias, de modo estável, de um conjunto de direitos plasmados em normas constitucionais que podem opor-se e ser invocados perante o arbítrio do legislador e dos outros poderes constituídos. Assim, o poder constituinte serve para criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e de

³⁴⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 6ª Edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 74 – remissão a Miguel Galvão Teles, autor da obra *Temporalidade Jurídica e Constituição*.

³⁴¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 6ª Edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 81.

limitação de poderes, bem assim para elaborar uma constituição também oponível aos representantes do povo e não apenas uma constituição querida pelo povo soberano³⁴².

J. J. Gomes Canotilho também afirma que, em razão do movimento constitucional, teria se desencadeado o surgimento de indagação quanto à resposta ao problema da soberania, da legitimação e da legitimidade. Trata-se de saber quem exerce o poder soberano, de obter a justificação da titularidade e do exercício desse poder. Aduz, então, que *“a soberania deve ter um título de legitimação e ser exercida em termos materialmente legítimos (legitimidade); a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. (...) A questão da legitimidade/legitimação é o lado interno da questão da soberania”*.

E conclui: *“A soberania reside essencialmente em a Nação. Não pode ser exercitada senão pelos seus representantes legalmente eleitos. Nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública que se não derive da mesma Nação”*. Acentuou, a seguir, a distinção: a titularidade da soberania pertence à Nação, o exercício da soberania se dá pelos representantes da Nação, consagrando ao lado do princípio democrático da legitimação – soberania nacional – o princípio do sistema representativo. E, estabelecidas essas premissas, diz ³⁴³:

“Acabamos de aludir à estreita relação existente entre a teoria da soberania nacional e à idéia de representação política. A representação política tendo como ponto de partida a teoria da soberania e essa conduzindo ao governo representativo: a soberania reside indivisivelmente na Nação, não podendo qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos invocar, por direito próprio, o exercício da soberania nacional. A Nação, a quem é atribuída a origem do poder, só poderia exercê-lo ‘delegando-o’ nos seus representantes. E como os representantes ‘representavam’ a Nação, era necessário abolir qualquer forma de ‘mandato imperativo’ que vinculasse os representantes a interesses particulares ou a determinado círculo de eleitores. Consagrava-se, deste modo, a teoria (...) segundo a qual os representantes, uma vez recebido o mandato do povo, não podiam ser considerados como simples ‘comissários’, caso em que as suas decisões

³⁴² CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, 6ª Edição, Coimbra, Portugal, 2002, p. 70.

³⁴³ CANOTILHO, J.J.Gomes. Ob. cit, p. 112-113.

ficariam sujeitas a ratificação popular permanente. O mandato dos representantes era 'livre' – mandato livre –, podendo estes, com base nele, tomar livremente decisões em nome da Nação que representavam. A partir destes esquemas se formou a teoria do 'governo representativo', traduzida na adoção de um sistema constitucional em que o povo governa através dos seus representantes eleitos”.

O poder constituinte – o povo soberano – é inserido no regime representativo, afastando-se, deste modo, da tese contida no “Contrato Social” de Rousseau, sobretudo da cláusula que reduzia todo o pacto de sociedade “*a alienação completa de cada associado com todo os seus direitos na comunidade inteira*”³⁴⁴.

O soberano é o povo, o titular do poder constituinte. No constitucionalismo, contudo, é importante compreender que o povo e todas as autoridades políticas estão submetidos ao direito. Recusa-se a idéia de poder absoluto, sem limites. Daí a observação de Maurizio Fioravanti³⁴⁵, no sentido de que a constituição é a máxima expressão da vontade do povo soberano, documento por meio do qual o povo se desvencilha de seu caráter originário de sujeito soberano: a constituição é o produto da vontade constituinte do povo soberano e é o ato que põe fim à revolução.

No estado constitucional, o poder constituinte nunca é pensado como um poder diretamente proveniente e exercido pelo povo, mas apenas em termos indireto, representativo, como um poder exercido de forma mediata³⁴⁶. A idéia de que o poder constituinte originário está no povo é inseparável da idéia de representação e assembléia constituinte. A soberania da nação manifesta-se por representantes eleitos, que exercem mandato livre e são invioláveis pelas opiniões e votos que emitirem no exercício do *munus*. A nação, anônima e abstrata, é titular de um poder que não pode ser exercido por si, apenas por representação. A soberania, atribuída à nação, constitucionalizou o poder, e, portanto, ele está subordinado à Constituição, devendo ater-se nos limites das competências nela

³⁴⁴ MALBERG, Carré de. Contribution a la Théorie Générale de l'État, Tomo I, p. 488, apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, Editora Malheiros, 18ª edição, São Paulo, 2006, p. 145.

³⁴⁵ FIORAVANTI, Maurizio. Costituzione e Popolo Sovrano – La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno, Editora Il Mulino, 2ª edição, Roma, 200, p. 7-8.

³⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 74-82.

estabelecidos para a realização e formação da vontade nacional. No Estado não existem órgãos constituintes, apenas órgãos constituídos. No Estado constitucional não existe poder constituinte, mas poder constituído, que se acha autorizado constitucionalmente: a representação é a mediação constitucional da vontade soberana da nação³⁴⁷.

Para Haurion³⁴⁸, não há delegação da soberania da nação para as instituições governamentais. A soberania nacional comporta essencialmente o poder constituinte: o direito de dispor do poder. O poder constituinte é o poder legislativo fundador que age em nome da nação, que exclui o sistema da fundação histórica do Estado para substituí-lo pela fundação jurídica. O regime constitucional é o Estado de direito, equilibrando a legitimidade jurídica e a soberania política. Enquanto expressão mais direta da soberania nacional, a constituição nacional outorga poderes às instituições representativas por ela criadas. Os representantes são eleitos e não se confundem com o povo: são membros da comunidade nacional. A democracia³⁴⁹, então, significa que o poder soberano reside na universalidade dos indivíduos iguais perante a lei e o poder legislativo outorgado aos representantes do povo-soberano só existe juridicamente porque poder efetivo previsto na constituição vigente. Assim, a atividade política dos cidadãos e órgãos estatais somente é possível nos marcos estabelecidos pela constituição, sob pena de, atuando para além, admitir a possibilidade de o poder constituído ser proeminente à Constituição, podendo, assim, vir a anulá-la.

Os poderes no Estado constitucional não são soberanos. São poderes constituídos, submetidos à Constituição. Dessume-se, pois, que haverá usurpação de soberania e ofensa ao princípio da democracia representativa se quaisquer dos poderes constituídos se arrogarem poder constituinte. Daí Rui Barbosa³⁵⁰ afirmar que “*em contravindo a Constituição, o ato legislativo não é lei, porque, transpondo a Constituição,*

³⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, p. 262-268.

³⁴⁸ HAURION, Maurice. Précis de Droit Constitutionnel, p. 164-568, apud BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, p.272.

³⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008, p.272-273.

³⁵⁰ BARBOSA, Rui. Anistia Inversa, p. 14, transcrito in “Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo”, pp. 42 e seguintes.

o legislador exorbita de seu mandato, destroe a origem de seu poder, falseia a delegação de sua autoridade". Outra não foi a assertiva lançada por Paulo Brossard de Sousa Pinto³⁵¹, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal:

"A teoria da inconstitucionalidade de lei supõe a existência de uma Constituição que delimite os poderes dos Poderes do Estado, que fixe as suas atribuições e demarque as suas competências. Se o Poder que faz a lei ultrapassa esses limites, fixados na Constituição, ele procede 'ultra vires', fora de suas atribuições legais, e por isso a lei que fizer será ilegal, quer dizer, inconstitucional".

A existência da cláusula acima referida, delimitadora dos poderes dos Estados, serve à formação da unidade e à realização da atividade estatal. O princípio fundamental da ordem das funções e das competências confiadas aos poderes constituídos é o da separação dos Poderes, princípio hoje expresso em ordens constitucionais democráticas. O poder estatal, que parte do povo, é exercido por órgãos aos quais outorgados poderes de legislação, de execução e de jurisdição. O conteúdo e o alcance do princípio são vistos em uma distinção de funções do estabelecimento de direito, da execução e da jurisdição, na atribuição de funções e poderes especiais, na proibição de exercer funções que são atribuídas a outro poder (separação de poderes) e no controle e refreamento recíproco dos poderes (equilíbrio dos poderes).

Assim, o princípio da divisão de poderes aparece como meio de repartição e de moderação do poder estatal. A respeito do tema, Vicente Ráo³⁵² faz remissão a tópico da mensagem de 12.9.1796 do Presidente Washington ao povo americano:

"Importa que os chamados a participar das funções públicas em um país livre, se mantenham dentro dos limites de sua competência traçados pelo Código fundamental e não invadam uns as atribuições dos outros. Este espírito de usurpação tende a concentrar todos os poderes em um só e, por conseguinte, a estabelecer o despotismo, sob toda e qualquer forma de governo. Para sentir bem estas verdades basta recordar quanto o amor às

³⁵¹ PINTO. Paulo Brossard de Sousa, voto proferido, como relator, na Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 2/1-DF, acórdão publicado no Diário da Justiça de 21 de novembro de 1997.

³⁵² RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo, 2005, p. 317.

posições de comando e a tendência para abusar delas, são naturais no coração do homem. Daí provém a necessidade de equilibrar os poderes do Estado, dividindo-os e de sorte que uns defendam das invasões dos outros a propriedade pública”.

Sobre o tema, Konrad Hesse³⁵³ diz que a tarefa da divisão de poderes, como um princípio fundamental da Constituição, é uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita competências, regula a colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal, limitado. Esta tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, mas também uma determinação e coordenação apropriada das funções estatais, dos órgãos aos quais é confiado o exercício dessas funções. Divisão de poderes³⁵⁴ é constituição de poderes diferentes: um parlamento é manifestamente inadequado para cumprir tarefas detalhadas relacionadas à administração do Estado; as autoridades do poder executivo, vinculadas as instruções, não estariam em condições para decisão apropriada de litígios; os tribunais não poderiam vencer apropriadamente as tarefas da legislação.

No julgamento da Representação nº 94³⁵⁵, o Supremo Tribunal Federal deixou assente:

“(...) No tocante à organização dos poderes políticos, o sistema constitucional brasileiro os erige em soberanos, mas limitados. Com o característico formal e rígido da independência, que a lei atribui, nenhum deles tem subordinação a outro, e guardam todos, no envolver da ação respectiva, a harmonia indispensável à efetividade do sistema. (...) A independência e harmonia dos poderes do Estado consiste exatamente no livre exercício das atribuições que lhes são próprias. E ao poder que exerce as funções governamentais (...) não podem ser opostas outras limitações que não sejam as que houverem sido expressamente definidas em lei. (...) A harmonia e a independência exigidas nos sistemas políticos é que os vão

³⁵³ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução da 20ª edição alemã. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 369-374.

³⁵⁴ Supremo Tribunal Federal, Representação nº 94, relator Ministro Castro Nunes, julgada em 17 de julho de 1946: “O princípio da divisão e separação de poderes - cuja paternidade é atribuída a Montesquieu - Livro XI do “Esprit des Lois”, não obstante antecedentes que remontam até Aristóteles, através de Locke e Bodin -, foi vulgarizado por Montesquieu, que o definiu, que o explicou, que o justificou e lhe mostrou o alcance com garantia política”. O tema está disposto no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

³⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, Representação nº 94, relator Ministro Castro Nunes, julgada em 17 de julho de 1946.

configurando defronte desse funcionamento. Defina-se harmonia a 'colaboração dos três poderes' e a independência a 'faculdade que cada um tem de desenvolver a sua primitiva atribuição dentro da competência constitucionalmente assinalada' e teremos que, uma coisa é deverem ser separados os exercícios dos poderes e, além disso, estabelecidos os limites às funções, que sistematizam o equilíbrio delas, imprimindo-lhes uma harmonia, que os não entrem ou perturbem, uma independência que os não anulem ou destruam. Isso, sempre diante da finalidade política, ou seja, dos princípios básicos, essenciais, orgânicos constitucionais.

(...)

Toda Constituição é um ato, o ato constituinte da Nação, manifestação da vontade do povo por via de representantes. Os poderes políticos não podem deixar de girar em torno da coluna mestra que está traçada pela Constituição Federal. (...) A Constituição em vigor, estabelecendo os três poderes governamentais da União, cometeu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa justamente elevada de conter nos seus excessos, os poderes Legislativo e Executivo”.

Desta compreensão advém a concepção do princípio de que é nulo o ato exercido por uma autoridade delegada, praticado em desconformidade com o teor do mandato outorgado pela autoridade delegante. Em conseqüência, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido, sob pena de o representante ser colocado acima do representado – o povo; de o representante do povo ser superior ao próprio povo e de se embutir no sentimento do representante do povo a certeza de que os poderes que lhe foram deferidos têm tal dimensão, a ponto de não somente poder atuar além dos limites da outorga, como até em relação ao que lhes for proibido pela autorização³⁵⁶.

Em nosso sistema jurídico, a interpretação jurisdicional das leis constitui uma competência própria e peculiar das Cortes e a Constituição é a lei fundamental do Estado. Desse modo, se ocorrer uma irreconciliável divergência entre a lei fundamental e o ato do Congresso, a primeira – a Constituição – há de prevalecer, porque expressão do povo constituinte. E em assim procedendo, não se vislumbra a existência de superioridade do Judiciário em face dos Poderes Legislativo e Executivo. Supõe-se, apenas, que o poder constituinte do povo está acima dos poderes constituídos. A Constituição é documento

³⁵⁶ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1998, Rio de Janeiro, 1989, p. 28-29.

formal e solene em que se funda o Estado democrático de direito, no qual o princípio fundamental do Direito Constitucional reside no governo das leis e não dos homens.

Nenhum estatuto jurídico é válido se incompatível com a Constituição, de onde os poderes estatais derivam. Como poder também constituído, o Poder Judiciário não está além nem aquém das normas constitucionais, situando-se no mesmo patamar em que se encontram os Poderes Legislativo e Executivo. Cada um atua na esfera de competência e de atribuições que lhe foi outorgada pela Constituição. O Poder Judiciário, no entanto, em virtude das atribuições e das competências que lhe foram confiadas, apresenta-se como um corpo intermediário entre o povo e a legislação, sejam leis editadas pelo Poder Legislativo ou atos normativos expedidos pelo Poder Executivo. Este posicionamento visa, entre outros fins, manter os representantes do povo nos limites assinalados para o exercício da autoridade, pois, se incompatíveis com a outorga, a lei ou ato normativo são nulos e essa nulidade alcança os atos decorrentes da aplicação do comando legal, porque fundados na lei inconstitucional: o poder delegado teria atuado com excesso, o mandatário não se mantivera dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial³⁵⁷.

Do caráter democrático do princípio da divisão dos poderes decorre a proibição de qualquer deles delegar a outro as atribuições que lhe foram outorgadas. As prescrições constitucionais são incisivas. Este princípio – o da Separação dos Poderes – é indispensável à preservação dos direitos fundamentais. Sem os “*checks and balances*” não existe a contenção do arbítrio, necessária a que se possa falar em Estado de Direito³⁵⁸.

Recordem-se o que dito por Rui Barbosa³⁵⁹:

³⁵⁷ POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1998, Rio de Janeiro, 1989, p. 28-30.

No mesmo sentido: BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1958, p. 38-39.

³⁵⁸ Nesse sentido: HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução da 20ª edição alemã. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p.376-378.

³⁵⁹ BARBOSA, Rui. Amnistia Inversa, Editora Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1898, p. 207.

“Certamente, desde o chefe da nação até o último dos habitantes do país, todos que têm de sujeitar-se a um ditame imperativo de autoridade superior hão de começar por entendê-lo. E, como entender a lei equivale a reconstituir o pensamento do legislador, a interpretação e o ato inicial de toda obediência. Nesse sentido todos os que exercem uma parcela de poder, são intérpretes da Constituição, a que todas as leis orgânicas e todas as funções do Estado se acham circunscritas. Sendo a Constituição o regulador comum de todos os ramos do Poder Público, nenhum deles pode praticar ato algum, que não envolva um juízo sobre a extensão das suas atribuições perante o Direito Constitucional, que as limita. (...) Em certo sentido, toda a gente é juiz dos intuitos e alcance da constituição, sem que ninguém poderia reger o seu procedimento e as suas relações com os seus semelhantes. Ao Poder Executivo e ao Legislativo se impõe inevitavelmente a necessidade de exercerem essa apreciação, ao menos enquanto os tribunais se não pronunciarem no assunto, [não obstante] todas as questões de constitucionalidade no exercício do poder tenham a sua última solução na suprema corte federal”.

Pode-se dizer que a função jurisdicional é administração da justiça “em nome do povo” e se legitima como órgão da soberania independente num “Estado-de-Direito democrático”. Se órgão da soberania é aquele em que se exprime o soberano e se o soberano democrático é o povo, é igualmente assumindo ou interpretando com independência a intenção do mesmo povo que um órgão ou função se pode dizer soberano e democrático³⁶⁰. Como guardião da ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, poda na raiz a prática e os efeitos de atos de exceção e impede o início de uma revolução não eclodida pela vontade popular.

O Estado Constitucional, no dizer de J. J. Gomes Canotilho³⁶¹, é um Estado no “direito” (legalidade constitucional) e em “função do direito” (legitimidade). As duas perspectivas fundamentais do problema da legitimidade – justificação do domínio e justificação de validade das normas – cruzam-se na teoria da constituição: por um lado, se afirma que a pretensão de vinculatividade de uma constituição não pode assentar em simples positividade; por outro, se salienta que a indagação do “título de legitimidade” para lá da positividade da lei constitucional não deve ser feita à custa da dissolução da

³⁶⁰ NEVES, Castanheira A. O Instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Editora Livraria Petrony, Coimbra, 1983, p. 423.

³⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Coimbra Editora, 2ª edição Coimbra, 2001, p. 23-24.

normatividade jurídica da constituição. Assim, a função jurisdicional, caso não respeite a diferença que a distingue da função legislativa, não só ultrapassa os limites de sua legitimidade, como compromete a sua específica função política no sistema jurídico. A jurisdição que exerça a função legislativa participa, desse modo, de algo para a qual não tem legitimidade. A função jurisdicional ver-se-á comprometida com a índole política, quando o que lhe cumpre e sua independência exige é que seja politicamente descomprometida perante o legislativo, sob pena de, tomando partido em discussões políticas, comprometer o Estado democrático de direito, inserindo-o numa crise de confiança. É importante recordar aqui excerto de trabalho realizado por Vital Moreira:

*“Em suma, são de rejeitar por princípio as concepções de activismo ou de criatividade do juiz constitucional, que fundamentam em boa parte a prática das chamadas ‘sentenças manipulativas’ ou ‘construtivas’, a que se referem os estudos sobre a jurisprudência constitucional de alguns países, nomeadamente na Itália. Porque aí o juiz constitucional assume inequivocamente a veste do legislador e, em vez de se limitar a declarar a inconstitucionalidade das normas que o legislador emitiu, permite-se criar ele mesmo normas em substituição do legislador, ou imputar deliberadamente ao legislador normas diferentes de que este efectivamente emitiu. Dessa maneira, porém, o juiz constitucional age a descoberto da legitimidade própria da justiça constitucional (...)”*³⁶².

4.4.7 – A modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: ilegitimidade e conseqüente aparente estado de exceção

Ao proceder à limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, a jurisdição constitucional afasta-se de garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e privada e se põe como guardião de suposta ordem concreta de valores preordenada às normas constitucionais. Reduz o direito constitucional a uma questão de valores, com grande risco de transformar a jurisdição constitucional em uma instância político-legislativa que se sobressairia ao legislador democrático. Essa prática do controle de constitucionalidade estaria a carecer de legitimidade.

³⁶² MOREIRA, Vital. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, maio de 1993, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 195-198.

E assim há de se compreender ante o fato de em quatro ocasiões se pretender a inclusão no ordenamento constitucional brasileiro de competência para o Supremo Tribunal Federal modular, manipular ou limitar os efeitos do ato declarado judicialmente inconstitucional. Curiosamente, a primeira proposição de alteração do sistema constitucional brasileiro, nesse sentido, surgiu em momento em que o Brasil vivia em Estado de Exceção. Mesmo assim foi rejeitada. Retomada a possibilidade da instituição do Estado Democrático de Direito, no Congresso Constituinte a proposição novamente veio à luz, bem assim após a promulgação da nova Constituição, no Congresso Revisor em 1994. As manifestações não foram acolhidas.

Tudo faz pressupor que o Poder Constituinte originário e o Revisor optaram por manter a sanção de nulidade ao ato declarado judicialmente inconstitucional, razão pela qual é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal, que reconhece hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição.

Carlos Maximiliano³⁶³, sobre o elemento histórico no processo de aplicação e hermenêutica, anota:

“(...) O que hoje vigora, abrolhou de germes existentes no passado; o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com o acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem. Só as pessoas estranhas à ciência jurídica acreditam na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas, crêem ser um Código obra pessoal de A ou B. O autor aparente da norma positiva apenas assimila, aproveita e consolida o que encontra no país e, em pequena parte, entre povos do mesmo grau de civilização. Consiste o Direito atual em reproduções, ora integrais, ora ligeiramente modificadas, de preceitos preexistentes.

(...) Mais importante do que a história geral do Direito é, para o hermeneuta, a de um instituto e, em proporção maior, a do dispositivo ou norma submetida a exegese. A lei aparece como último elo de uma cadeia, como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e o alcance do mesmo. Com esse intuito o juiz lança uma ponte entre as obscuras disposições do presente e os preceitos correspondentes e

³⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Editora Forense, 16ª edição, Rio de Janeiro, 1996, p. 137-147.

talvez claros do Direito anterior. (...) Verifica ainda o magistrado quais as transformações que sofreu o preceito, e o sentido que ao mesmo se atribuía nas legislações de que proveio, direta ou indiretamente. (...) Sempre se presume que não se quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara. Verifica-se atentamente se o parlamentar pretendeu reformar o Direito vigente, que circunstâncias o levaram a isto; até onde foi o propósito inovador; quais os termos e a extensão em que se afastou das fontes, nacionais ou estrangeiras, do dispositivo atual. Pelo que eliminou e pelo que deixou subsistir, conclui-se o seu propósito, orienta-se o hermeneuta.

(...)

É dupla a utilidade do elemento histórico. Disposições antigas, restabelecidas, consolidadas ou simplesmente aproveitadas em novo texto, conservam a exegese do original. Pouco importa que se não reproduzam as palavras: basta que fique a essência, o conteúdo, substancialmente se haja mantido o pensamento primitivo. (...) O confronto de disposições vigentes com outras anteriores, paralelas, ou análogas, não só evidencia a continuidade, embora progressiva, de idéias e teorias preexistentes; como também prova que essa perpetuação relativa é a regra; o contraste e a mudança radical aparecem como exceções. Eis porque, acerca de todos os ramos das ciências sociais, no passado se encontram ensinamentos para compreender o presente e prever o futuro”.

J. J. Gomes Canotilho, no que concernente à historicidade do direito, traz a lume a idéia gadameriana “*de que a lógica imanente na evolução da história transporta também uma evolução de normatividade*”³⁶⁴.

Acertadas estas premissas, tem-se que a aplicação continuada de lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma ‘**alternativa normativa de hierarquia constitucional**’³⁶⁵, disposição inexistente no Direito brasileiro³⁶⁶. Logo, seja pela via da interpretação ou pela via de edição de legislação ordinária, a adoção da técnica de limitação dos efeitos do ato mediante o qual declarada a inconstitucionalidade não encontra fundamento de validade na Constituição Federal e a Corte, assim atuando, pratica ato “*ultra vires*”, exerce ingerência indevida na esfera constitucional do Poder Legislativo, órgão representativo do povo-soberano, e afronta os princípios da constitucionalidade e o democrático, uma vez que, utilizando-se da via do

³⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, 2ª edição, Coimbra, 2001, p. 16.

³⁶⁵ Vide, artigo 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

³⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999, p. 312.

assentamento jurisprudencial, procede à alteração no corpo da Constituição Federal. Olvida-se de que na arguição de inconstitucionalidade se busca o estabelecimento do que assentado pela maioria no momento da elaboração do Texto Constitucional, preceitos fundamentais que servem para fincar o parâmetro a ser observado pelo poder constituído, o legislador ordinário, na composição do direito objetivo.

O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos tem sido comum na realidade do direito comparado. Como antes demonstrado, em Estados nos quais é observado o sistema declaratório/constitutivo, os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas de declaração de nulidade total. Em estudo sobre a doutrina da declaração prospectiva da ineficácia das leis inconstitucionais, **Garcia de Enterría**³⁶⁷ se propõe a demonstrar que essa modalidade de decisão decorre de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional:

“La tecnica de la anulación prospectiva se ha desarrollado en las jurisprudencias constitucionales de otros países y en la de los Tribunales supranacionales europeos en función de un problema específico del control judicial de las leyes. En palabras ya clásicas de Otto Bachot en su trabajo ‘El juez constitucional entre el Derecho y la Política’ (al que yo mismo me he referido detenidamente en el libro citado, La Constitución como Norma, pp. 179 y sigs), porque las Sentencias anulatorias de una Ley ‘pueden ocasionar catástrofes, no solo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas Sentencias son ‘políticamente equivocadas’ (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la decisión puede alcanzar a la comunidad política entera’. Así, pues, ‘más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las consecuencias – y tan frecuentemente consecuencias políticas – de sus sentencias. Pero – y ésta es la cuestión a plantearse – Qué influencia le es permitido conceder a esas eventuales consecuencias sobre su sentencia? Puede, le es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una Ley aplicada incólumemente durante largos años declarando una nulidad que privara de soporte a innumerables actos jurídicos. O quizá derribar a sectores enteros administrativos o económicos a causa de una infracción constitucional tardíamente descubierta? Nose convertiría aquí de hecho el summum ius em summa

³⁶⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. In Revista de Direito Público nº 92, outubro/dezembro de 1989, p. 12-13.

inuria, sin utilidad para nadie y dano para muchos o para la entera comunidad? (...) Asi, pues, fiat justitiae pereat mundos?"

O que se almeja, a toda evidência, é conferir ao tempo e aos fatos decorrentes da aplicação da lei o atributo de sanear, de convalidar e de ratificar a prática de atos contrários ao ordenamento constitucional. Dota-se o tempo de vigência da lei e os fatos oriundos da incidência dessa do atributo de caráter extintivo do direito de ver declarada a inconstitucionalidade, sob a aparente modalidade de “preclusão consumativa”, hipótese que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla, quer para o controle direto da constitucionalidade e ou para o difuso incidental.

Francesco Ferrara³⁶⁸ anotou que algumas modalidades de interpretação visavam “*substituir à firmeza dos comandos legais pelo subjetivismo dos juízes, criando um estado perigoso de anarquia e de insegurança jurídica*”. E acrescentou:

“Nenhuma autoridade pode ser obrigada a mais estricte obediência à lei do que a autoridade dos tribunais, que foram estabelecidos justamente para a sua defesa e realização. O juiz que por uma suposta equidade e oportunidade intenta mudar a lei, comete uma violação jurídica.

O direito necessita firmeza; a jurisprudência não se pode deixar mover pelas correntes do dia e pelas tendências das classes e dos partidos, como a cana ao vento. Porventura nos tornamos, com o nosso sentimento de equidade, tão neurastênicos que não sejamos capazes de suportar o rigor indispensável que é a submissão do caso particular à regra jurídica? Será preciso repetir a antiga verdade que o direito foi criado contra o arbítrio subjectivo, chama-se este direito natural ou direito recto, imperativo racional ou estimação de interesse? (...) A tendência para emancipar da lei o juiz não se pode apreciar senão como uma tendência de revolta contra o legislador”.

J. J. Gomes Canotilho³⁶⁹, por sua vez, vislumbra a existência de um “positivismo jurisprudencial” e também a “tendência para a afirmação legalizadora pura do caso concreto” na “descientifização” e “desmetodização” da justiça constitucional. Há um

³⁶⁸ FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia – Editores, 2ª edição, São Paulo, 1937, p. 70 e 71.

³⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranqüilidade Discursiva*, in *Perspectivas Constitucionais Nos Vinte Anos da Constituição de 1976*, organizado por Jorge Miranda, vol. I, 1996, p. 871 e seguintes.

pragmatismo jurisprudencial, no qual o denominador é a “*deslocação do foco de análise dos fundamentos para os resultados*”. Diz que o filão do pragmatismo, “*desde o juiz Holmes (...) até ao juiz Posner³⁷⁰*”, opera uma verdadeira limitação no sujeito da interpretação de normas jurídicas: a) obriga o aplicador de normas – aqui, normas constitucionais – a encontrar uma solução prática, operacional, aceitável e credível, para um problema constitucional; b) coloca entre parêntesis os fundamentos ou concepções teóricas eventualmente discordantes. Assevera, então:

“(...) se procurarmos captar o sentido profundo de uma perspectiva pragmatista na justiça constitucional ela poderá reconduzir-se à rejeição de concepções fundamentalistas e cartesianas do direito a favor de perspectivas mais experimentalistas e culturalmente relativistas. Num plano prático, o pragmatismo legal liberta a jurisprudência do peso teorizante”.

O renomado autor observa que o acolhimento da técnica vinculada ao pragmatismo traz ínsita a adoção de ponderação ou balanceamento como método de resolução das situações colidentes de direitos. O modelo de ponderação resvalaria para o da “*legalidade pura do caso, encaminhando-se para a conversão do ideal ponderador em técnica de poder e um meio de transmutação do ‘facto em direito’, produzindo enorme déficit de racionalidade e de legitimidade da justiça constitucional*”. E discorre:

*“O ‘modelo ponderador’ parece agravar os seus defeitos quando é eleito como método de excelência no **balanceamento de princípios** (grifo do original). Os princípios são susceptíveis de ponderação; a ponderação é necessária para aplicação de princípios. (...) Seria um claro retrocesso jurídico-metódico tentar neutralizar a abertura principal da ordem jurídico-constitucional em nome da forma de segurança jurídica, legitimidade e aceitabilidade racional. O problema não está no ‘modelo de princípios’ nem na ponderação metódica de princípios. O risco de ‘oportunismo casuístico’ espreita, sim, quando a justiça constitucional se torna refém das contingências do caso concreto e das escolhas aleatórias dos operadores do direito. E corre esse risco precisamente quando (...) revela uma completa desvinculação jurídico-metódica na concretização de princípios. (...) O risco do pragmatismo e do ‘facto erguido a direito’ não reside nem nos princípios nem na ponderação de princípios. A crise da justiça existe quando os tribunais constitucionais se limitam a ponderações situativas assentes num pragmatismo ocasionalístico e eclético”.*

³⁷⁰ Cf. R. Posner, “What has pragmatism to offer law? , in M. Brint/W.Waver, Pragmatism, p. 44.

O autor faz remissão a jurista italiano que afirmou precisar-se “*mais de um Tribunal Constitucional do que de uma Constituição*”³⁷¹, invertendo-se os papéis de Constituição e Tribunal Constitucional. Disse, então:

“(…) *A tese anterior – a da inversão de necessidades – desafia, desde logo, a idéia central do constitucionalismo moderno. A posituação de uma ‘Higher Law’ é um produto expresso da vontade dos povos (We the People) e não é de um corpo de juízes qualquer que seja o seu título de legitimação democrática. A criação de uma ordem de integração radica, em primeiro lugar, num título de legitimação democrática, não se devendo confundir a normatividade da interpretação jurisdicional da Constituição (produzida pelos juízes) com a normatividade das regras e princípios constitucionais positivamente plasmados pelos titulares democraticamente legitimados. Há que tomar a sério a estrutura textual das constituições, pois um desconstrucionismo desvinculado da forma normativo-constitucional dificilmente ‘constrói’ uma ordem de integração. (...) Os problemas são problemas constitucionais e a Constituição não pode estar fora dos tribunais, sobretudo daqueles a que compete resolver questões jurídico-constitucionais*” (grifos do original).

Poder-se-ia argumentar que, ao proceder à limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, tendo em conta motivos de segurança jurídica, proteção da confiança, da boa-fé e em face de relevância social, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete autêntico da Constituição, constituiria uma “*convenção constituinte em sessão permanente*”, ou seja, um tribunal que, à margem do poder constituinte formal, exercita materialmente atos configuradores de verdadeira atividade constituinte, sem embargo de o povo ser o titular legítimo do Poder e do entendimento de a Constituição ser um “dever-ser”. Sobre o tema dissertou o autor argentino German J. Bidart Campos³⁷²:

“*Es a esos titulares, ques llamaríamos de facto cuando son ilegítimos, o reales cuando cumplen actividad constituyente sin atribución formal de poder constituyente pero en uso de un poder ordinário válido, a los que vamos a dedicar nuestra atención preferente. Cuando un jefe de estado crea costumbre en contra de la Constitución, y llega a dar vigencia a una*

³⁷¹ C. Mezzanote, “Le Fonti tra legittimazione e legalità”, in *Queste Istituzione*, 1991, p. 50.

³⁷² CAMPOS, German J. Bidart. *Derecho Constitucional*, Ediar SA Editora, t. I, Buenos Aires, 2006, p. 170.

Constitución real opuesta a la escrita, ejerce poder constituyente, y lo ejerce de facto, sin validez, pero cuando un tribunal integra la Constitución escrita com su interpretación jurisprudencial, e un parlamento dicta leyes con contenido constitucional, también hay ejercido de poder constituyente – material, porque la Constitución es rígida -, y ejercicio válido, porque esos actos constituyentes, no obstante estar fuera del poder constituyente formal, se cumplen validamente em uso de competencias legítimas. Quiere decir que mientras no haya quebrantamiento de la Constitución escrita, todo acto constituyente de los órganos estatales los erige em titulares reales de poder constituyente material; pero em cuanto esa transgresión se produzca solo habrá titularidad de facto, ilegítima”.

Vem a propósito a assertiva do Ministro Eros Grau, lançada no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, sessão de 19 de abril de 2007:

“Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade [na obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 32], para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. Dimensão legislativa e dimensão normativa do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se hão de harmonizar as duas forças (...), uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andarà bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.

(...)

Se ao menos desejar fazer-se ouvir, o intérprete autêntico há de falar na, há de falar a e na língua do texto normativo. É dotado de legitimidade para, falando a e na língua do texto normativo, produzir normas e atualizar o direito. Mas essa legitimidade será dissolvida sempre que a língua do texto normativo for substituída por outra. Não se trata de afirmar que o intérprete autêntico tem legitimidade somente para repetir as palavras da lei, porém algo substancialmente diverso disso – ele detém legitimidade para atuar plenamente no plano da dimensão normativa, para reproduzir o direito em sua dimensão normativa, fazendo-o, porém, na língua dos textos normativos”.

Na modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade há o discurso de uma realidade prejudicial ao Estado democrático, pois o Supremo Tribunal passa a ser o guardião do conteúdo do direito. Mesmo que se procure restringir as

possibilidades de práticas arbitrárias, torna-se clara a dificuldade de controle, pois aos princípios constitucionais, assim como aos princípios gerais do direito, impõe-se um caráter meramente retórico. Observa-se a existência de decisionista que despreza inteiramente o texto. Contudo, independentemente de juízos sobre ser isso bom ou mau, o juiz “faz” o direito. Assim, na discussão tradicional das fontes do direito nota-se a mudança de perspectiva. Sobre a hierarquia das fontes há uma dogmática “judicialista”, segundo a qual *“a cúpula do Judiciário não pode contradizer a Constituição, pois, em última instância, cabe ao Poder Judiciário dizer o conteúdo do texto constitucional. Pode até haver uma decisão judicial momentaneamente contra legem, mas a decisão definitiva [do Supremo Tribunal Federal] jamais o será”*³⁷³.

Atribuir-se-ia a adoção da técnica de modulação de efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade como veículo capaz de atenuar a existência de descompasso entre o momento histórico em que outorgada a Constituição brasileira de 1988 e a simultaneidade do surgimento de uma Constituição social ante a necessidade de rediscutir-se o papel do Estado.

Ao longo da vigência da nova ordem constitucional, é possível perceber que o movimento inicial do Supremo Tribunal Federal de cercear os efeitos constitucionais por meio da jurisdição cede lugar a outro, o de preenchimento e ocupação de espaços na ordem estatal – via objetivação do recurso extraordinário, da vinculação de decisões, da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Por lei ordinária, as atribuições e competências do Supremo Tribunal foram nitidamente ampliadas ao longo dos anos. Argumentar-se-ia aqui com a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, em virtude do estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Mas a tal ponto não se pode chegar para deslinde das controvérsias. Nas democracias, onde há a tripartição das competências e atribuições de poderes outorgados pelo povo-soberano, nem toda concretização do direito se dá a partir de lides levadas ao

³⁷³ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à Brasileira: situação e limites. In Direito Constitucional em Evolução – Perspectivas, organizado por Paulo Gomes Pimentel Júnior, Juruá Editora, 1ª edição, 2ª tiragem, Curitiba, 2006, p. 109-123.

Judiciário. A estratégia política do Judiciário, por isso, tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil alcançar um vetor de racionalidade para a unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional. Exemplo disso são os precedentes antes nomeados, nos quais adotada a técnica de modulação do ato declaratório de inconstitucionalidade bem assim os casos relacionados à criação de municípios, entre os quais destaca-se a criação do Município de Pinto Bandeira, no Rio Grande do Sul, e do Município Luis Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia, cujos desfechos no julgamento de ações diretas³⁷⁴ foram contrapostos: a Corte manteve a criação do município baiano, tendo em conta cuidar-se de fato consumado, mas, em relação ao recém criado município de Pinto Bandeira, deu-se o retorno ao status de distrito do Município de Bento Gonçalves. Tem passado despercebido o fato de a competência e a função precípua da Suprema Corte “*é resolver questões constitucionais de importância coletiva, transcendendo os interesses dos litigantes*”³⁷⁵.

Ora, uma conseqüência primária da declaração judicial de inconstitucionalidade é a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria e, “*para que o princípio da constitucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da Legalidade em sentido amplo, vigore é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam*”³⁷⁶. E o efeito da sentença declaratória de inconstitucionalidade é retroação (efeito ex tunc) “*à data da publicação da lei ou ato, porque de outro modo se chegaria à conclusão paradoxal de que a validade da lei si et in quantum tem a virtude de ab-rogar o dispositivo constitucional violado, considerando válidos atos praticados sob o império da lei nula*”³⁷⁷.

³⁷⁴ Processos referidos: **ADI nº 2381/RS**, na qual foi argüida a inconstitucionalidade de lei estadual que, a despeito da edição de lei complementar federal exigida no § 4º do artigo 18 da Constituição Federal, possibilitou a realização de plebiscito entre as comunidades interessadas, visando à emancipação do Distrito de Pinto Bandeira do Município de Bento Gonçalves, Estado do Rio Grande do Sul. Com idêntico objetivo, a **ADI nº 2240/BA**, que possibilitou a e a criação do Município Luis Eduardo Magalhães, respectivamente.

³⁷⁵ FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos, traduzido por Antonio Carlos Diniz de Andrada, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1963, p. 183.

³⁷⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional, Portugal-Lisboa, 1988, p. 11-19.

³⁷⁷ BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 137-138.

Ao discorrer sobre modos de interpretação, Francisco Campos³⁷⁸ observa que *“ilustres autores (...) acabam por conseguir engenhosa construção jurídica, mas, precisamente, à custa de disposição expressa da Constituição, a qual passam a considerar como não escrita ou sem vigência”*. Evoca-se a Constituição para, alfim, negar-lhe a força normativa.

Opondo-se a essa assertiva, afirma-se que a modulação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade é consequência do resultado da incidência do princípio constitucional da segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, a um determinado caso concreto; uma decorrência de um juízo de ponderação em que prevalecem os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional. Em tal hipótese, estar-se-ia *“diante de uma ponderação entre a norma constitucional violada pela lei ou ato normativo declarado inválido e a segurança jurídica, de modo que, se esta prevalecer – a segurança jurídica –, modulam-se os efeitos da decisão. Na prática, a modulação implica um congelamento parcial da eficácia da norma constitucional violada, que deixa de produzir um de seus efeitos normais por algum tempo, a saber: a nulidade do ato que a ofendeu”*³⁷⁹.

Instaura-se, então, um estado de exceção. E um verdadeiro estado de exceção nasce em todos os perigos sérios para a existência do Estado ou da segurança e da ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos normais previstos pela Constituição, senão pelo rechaço ou eliminação mediante o emprego de meios excepcionais. A Constituição afirmar-se não só em tempos normais, mas também em situações de emergência e de crise. Se nela não há meios para se providenciar o vencimento de tais situações, então aos órgãos responsáveis, no momento decisivo, não resta outra possibilidade, se não passar por sobre a Constituição. Na medida em que isso é indispensável para a reparação da situação normal, devem, no estado de exceção, deixar de

³⁷⁸ CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942, p. 282-283.

³⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. Memorial apresentado em razão do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 377.457/PR e 381.964/MG, por meio dos quais se discutia a incidência da COFINS sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais.

existir as vinculações próprias da situação normal do poder público, especialmente as de direitos fundamentais individuais, da divisão de poderes e do princípio estatal-federal: a Constituição é suspensa, em parte, para poder reparar sua validade ilimitada³⁸⁰.

No caso em que, sem previsão constitucional, aplica-se a técnica de modulação de efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade tem-se hipótese de maior gravidade, pois, na medida em que “*pode haver uma decisão judicial momentaneamente contra legem, mas a decisão definitiva [do Supremo Tribunal Federal] jamais o será*”³⁸¹, a inaplicabilidade da Constituição à espécie é algo que se protrairá no tempo. Perpetuará no tempo o ato inconstitucional, então “juridicizado” por decisão Supremo Tribunal que, em certo momento, revestiu-se da competência própria de Tribunal de Justiça para realizar a “justiça”, quando, constitucionalmente, compete-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição.

Segundo Giorgio Agamben³⁸², o estado de exceção constitui um ponto de desequilíbrio entre o direito público e fato político, situando-se num espaço de ambigüidade e incerteza na intersecção entre o jurídico e o político. São frutos dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidos no terreno político e não no jurídico-constitucional. As medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. O estado de exceção situa-se nessa “*terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida (...); entre o político e o jurídico e entre o direito e o vivente (...), sendo a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos*”. Assim, há um deslocamento de uma “*medida provisória e excepcional para uma técnica do Estado que ameaça transformar radicalmente a estrutura e o sentido da distinção entre os diversos*

³⁸⁰ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução da 20ª edição alemã, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 527-529.

³⁸¹ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à Brasileira: situação e limites. In Direito Constitucional em Evolução – Perspectivas, organizado por Paulo Gomes Pimentel Júnior, Juruá Editora, 1ª edição, 2ª tiragem, Curitiba, 2006, p. 109-123.

³⁸² AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti, Boitempo Editorial, São Paulo, 2004, p. 11-63.

tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

A definição de estado de exceção encontra estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. São situações que se apresentam em oposição ao estado de normalidade constitucional. No Estado nazista, promulgou-se, no dia 28 de fevereiro de 1933, o “*Decreto para a proteção do povo e do Estado*”, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar, entre eles, os relativos às liberdades individuais. Agindo assim, concebia ele o que Carl Schmitt, no livro *Politische Theologie*, em 1922, apontou como a “*contigüidade entre o estado de exceção e soberania*”, porque, como estabelecido, o estado de exceção traz a aparência de tudo advir do “*soberano*”, que estaria a decidir “*sobre o estado de exceção*”. Busca-se, por este meio, a aparente legitimação para agir.

E assim tem atuado o Supremo Tribunal Federal, ao acenar com a necessária observância dos princípios fundamentais do Estado de Direito, com a idéia de segurança jurídica e do princípio da boa-fé para afastar “*a imposição obrigatória da sanção de nulidade, com efeitos ex tunc*”, sob o argumento de que a Corte está autorizada “*a estabelecer, discricionariamente, tendo como balisas os conceitos indeterminados de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (...), que sua decisão, em certos casos, tenha eficácia em momento posterior à vigência da norma declarada inconstitucional*”³⁸³ (grifo do original).

Estabelece-se, aqui, uma autofagia. Olvida-se do que asseverado pelo Ministro Aliomar Baleeiro - “*A Constituição não destrói a sim mesma. Logo não transige com interpretação que a aniquile*”³⁸⁴ - e do fato de a inaplicação do princípio da nulidade não se basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional

³⁸³ MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, voto-vista no Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, julgado em 25 de junho de 2007, devendo ser observado que, embora voto vencido quanto à modulação de efeitos naquele caso, a motivação acima transcrita não foi rechaçada pela Corte.

³⁸⁴ BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1958, volume I, p. 355.

próprio³⁸⁵. Acentue-se, por isso, o dizer de Alfredo Buzaid³⁸⁶: “(...) *se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição*”. Bem a propósito vem a lição de Vital Moreira, no sentido de que são de rejeitar, por princípio, as concepções de ativismo ou de criatividade do juiz constitucional, que fundamentam em boa parte a prática das chamadas ‘sentenças manipulativas’ ou ‘construtivas’, “*porque aí o juiz constitucional assume inequivocamente a veste do legislador e, em vez de se limitar a declarar a inconstitucionalidade da lei, permite-se criar ele mesmo normas em substituição do legislador, ou imputar deliberadamente ao legislador normas diferentes de que este efectivamente emitiu. Dessa maneira, porém, o juiz constitucional age a descoberto da legitimidade própria da justiça constitucional (...)*”³⁸⁷.

O Supremo Tribunal Federal, ao proceder à limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade, atua à margem da competência outorgada pela Constituição, que foi elaborada pelo poder constituinte do povo. Como poder constituído, não lhe é dado suspender a Constituição, ainda que temporariamente, tampouco, via jurisprudência, proceder à emenda, modificar o sistema jurídico constitucional, mitigar o dogma da supremacia da Constituição e a força normativa de disposições dessa; estabelecer a desigualdade na aplicação da lei quando diante de situações para as quais a Constituição não fez qualquer distingue e relegar ao segundo plano o princípio da legalidade substancial – a aplicação cogente das normas constitucionais.

A Corte, contudo, sem que cláusula constitucional modificadora do sistema jurídico nacional expressamente autorize, vem procedendo à modulação, à limitação, à manipulação ou à mitigação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da

³⁸⁵ Ministro Celso de Mello, voto proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 582.280-3/RJ, julgado em 12 de setembro de 2006.

³⁸⁶ BUZOID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958, p. 131.

³⁸⁷ MOREIRA, Vital. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, maio de 1993, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 195-198.

lei, e o faz com ofensa ao princípio da constitucionalidade, da democracia e com desapego ao Estado de Direito Democrático. Assim, porque a Corte atua excedendo os poderes que lhe foram outorgados, se tem a instauração de atípico de estado de exceção: atípico, porque em decisão definitiva, suspende-se definitivamente a aplicação e a eficácia da força normativa da Constituição.

CONCLUSÃO

A Constituição contém disposições pertinentes ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito e, no que atinge à sua preservação, à força e à eficácia de suas disposições, a norma haurida do texto constitucional não é democrática: ou o ordenamento infraconstitucional é harmônico com os preceitos e normas que esse documento solene encerra ou não é por ele recebido. Não há como transigir com as disposições constitucionais e sua força normativa. Se o Texto Constitucional não se mostra adequado à realidade social e à estatal; se a hermenêutica, a aplicação/interpretação não se prestam à atualização e à realização do conteúdo, do sentido, do alcance e dos fins das normas, resta a iniciativa da proposição de emendas à Constituição, a de revisão constitucional ou a de ruptura institucional.

A interpretação construtiva é necessária para a otimização dos fins das normas constitucionais e constitui condição fundamental da demonstração da sua força normativa e de sua estabilidade. A Constituição não configura um ser, mas um dever-ser, determinada pela realidade social e determinante em relação a ela, consoante escreve Konrad Hesse, no livro “A Força Normativa da Constituição”. Mas há um limite para a interpretação, bem assim para a mutação normativa, posto que a má-interpretação do texto legal – especialmente, do Texto Constitucional – pode conduzir ao aniquilamento e ao esvaziamento do conteúdo deste. A interpretação da Constituição há de se dar com cautelas, pois a cognoscitividade do texto constitucional exige conhecimento do direito e também do sentido histórico das disposições, dos institutos e dos princípios nele contidos. É indispensável também ter-se a sensibilidade política, a compreensão teleológica da norma e da predominância desta na estrutura de comportamentos, por estar em foco a Lei Suprema de uma Nação, que representa o pacto social e político das gentes. De modo que, *“permitir a aplicação de uma lei inconstitucional o mesmo é que autorizar reformas operadas pelos meios comuns de legislar, sancionar um contraprinípio, destruir por negligência e timidez o que resolutamente se estabeleceu com conhecimento de causa”*³⁸⁸.

³⁸⁸ BARBOSA, Rui. Obras Completas – Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958, v. XX, Tomo V, p. 88.

Não se concebe, por isso, possa o Supremo Tribunal Federal cometer-se a si competência e atribuição não previstas na Constituição, tendentes à modulação dos efeitos do ato declarado judicialmente inconstitucional. O movimento histórico do constitucionalismo brasileiro e a evolução normativa que dele pode ser haurida autorizam compreender a opção levada à efeito. O sistema brasileiro acolheu a doutrina norteamericana da nulidade dos atos declarados inconstitucionais, imprimindo à decisão o efeito retroativo, tendo em conta o vício de raiz, congênito. O ato inconstitucional não o é assim porque declarado pelo Poder Judiciário. Há apenas o reconhecimento da nulidade, nulidade impossível de ser saneada e ser convalidada, senão mediante o desprezo às normas constitucionais.

A técnica de modulação, limitação ou mitigação dos efeitos do ato declarado inconstitucional, visando preservar os atos concretos decorrentes da aplicação da lei, somente apresentar-se-ia admissível mediante a promulgação de ementa à Constituição, de ementa que não se circunscrevesse a prever a referida autorização à Corte, mas que implicasse também alteração no sistema de controle da constitucionalidade, para afastar o caráter meramente declaratório do ato judicial, fazendo-o declaratório-constitutivo, como ocorre nos Estados estrangeiros tomados como paradigmas pela doutrina nacional e referidos nos precedentes da Suprema Corte. Fazendo-o assim, ter-se-ia o rompimento do processo histórico-constitucional estabelecido a partir da República.

Certo é, no entanto, que o povo-soberano, por seus representantes, em quatro ocasiões rejeitou a pretensão de ver modificado o sistema de controle da constitucionalidade. Manteve-se a tradição: o provimento judicial de investigação dos atos legislativo tem natureza declaratória e os efeitos dele decorrente retroagem à gênese do ato, efeito *ex tunc*. Portanto, não há de se dar por via de legislação ordinária ou acerto jurisprudencial a inserção no sistema jurídico da técnica de limitação dos efeitos do ato declaratório de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, poder constituído, a tanto não está autorizado. Nem o Poder Legislativo, que de igual modo é poder constituído. A intenção de emenda à Constituição via lei ordinária implicaria quebrantar-lhe o dogma de

lei suprema. Se por lei ordinária não se admite modificações à Constituição, tão gravosa também seria a alteração vir a ser processada por “legislação jurisprudencial”.

Acrescente-se que a técnica de modulação dos efeitos do ato inconstitucional, fundada em pressupostos de segurança jurídica, de boa-fé e relevante valor social, traz o signo da concretização da lei infraconstitucional aplicada. Segurança jurídica e boa-fé (princípio da confiança) estariam imbricadas no princípio da presunção da legitimidade da lei, enquanto a motivação em face do relevante valor social situa-se no ambiente da política. É importante compreender que todos estamos submetidos ao império da legalidade e, conseqüentemente, todos – entes públicos, privados e pessoas naturais – nos sujeitamos a ele, justamente em razão da cogente presunção da constitucionalidade e legitimidade da lei. Esse fundamento, no entanto, não pode constituir óbice à iniciativa do processo de investigação da constitucionalidade do diploma legislativo, nem vedar à apreciação deste pelo Poder Judiciário. A prevalecer o entendimento em sentido contrário ao acima tomado, ter-se-á que para a efetividade da defesa da ordem constitucional haverá de ser admitido o controle prévio dos atos legislativos, implicando a subversão do sistema de controle da constitucionalidade adotado no Brasil, que passaria a ter início antes da vigência da lei.

No que concerne à motivação relacionada à boa-fé e ao relevante valor social tomado como fundamento para se imprimir validade ao ato judicial declarado inconstitucional, tem-se que os motivos de decidir envolvem a verificação de valores e não prescindem do revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Supremo, na via do controle difuso, em virtude da devolutividade limitada dos recursos de natureza extraordinária, e na ação direta, dada a natureza abstrata que lhe é inerente. Assim atuando, a Corte confere a si competência não prevista na Constituição, pois a que lhe foi outorgada expressamente é no sentido da defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito, da harmonia da federação, e não para a realização da justiça, para a qual cumpre às instâncias judiciais ordinárias.

Como poder constituído, ao Supremo Tribunal Federal não é dado subverter a ordem democrática, proceder, direta ou indiretamente, a suspensão, ainda que temporária, das normas e princípios constitucionais. De igual modo, não é dado acrescentar-lhe a competência para modulação dos efeitos do ato inconstitucional com base em direito comparado ou tendo como paradigmas precedentes de outros Estados que optaram por outro modelo constitucional. O direito comparado e a jurisprudência estrangeira têm importância, na medida em que servem de norte para eventual aprimoramento do direito interno. Somente por si, são inadequados para modificar e alterar competências taxativamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Tudo se faz tendo em conta a opção constitucional acolhida pelo soberano – o povo, representado pelos legisladores constituintes. No ordenamento constitucional brasileiro não há a previsão nem há a faculdade de o legislador ordinário atribuir competência para realizar a modulação dos efeitos do ato judicial declaratório de inconstitucionalidade. Ao Supremo Tribunal Federal há a outorga de competência estrita, consoante artigos 102 e 103 da Constituição. Não se evidencia a possibilidade de a Corte proceder à limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sem que cláusula constitucional modificadora do sistema jurídico nacional expressamente a autorize. Assim, a atuação do Supremo Tribunal Federal é ilegítima, pois a legitimidade somente pode decorrer, direta ou indiretamente, da Constituição. Se mesmo diante da ausência de cláusula constitucional autorizativa a Corte assim procede, há afronta direta a Constituição e ao Estado Democrático de Direito: tem-se a instauração de atípico estado de exceção, uma vez que, em decisão definitiva, suspende-se definitivamente a aplicação e a eficácia da força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS**a) Livros**

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situações e Limites**, in **Direito Constitucional em Evolução – Perspectivas**, obra coordenada por Paulo Gomes Pimentel Júnior, Juruá Editora, 2ª edição, Curitiba, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, coleção Estado de Sítio, tradução de Iraci D. Poleti, Boitempo Editorial, 1º edição, São Paulo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.

APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**, Juruá Editora, Curitiba, 2005.

_____. **Controle Difuso de Inconstitucionalidade, modulação de efeitos, Uniformização de Jurisprudência e Coisa Julgada**, Juruá Editora, Curitiba, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. Editora Malheiros, 2ª edição, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, 4ª tiragem, São Paulo, 1997.

ÀVILA, Ana Paula. **A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade – ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

BAKER, A. J. **Annotated Constitution of the United States**, Chicago, 1891.

BALLEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.

BARBI, Celso Agrícola. **Ação Declaratória, principal e incidental**. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

BARBOSA, Rui. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo**, Editora Companhia Imprensa, Rio de Janeiro, 1893.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, coligidos e ordenados por Homero Pires, Livraria Acadêmica, São Paulo, 1933.

_____. **Obras Completas**. Trabalhos Jurídicos. Edição Casa de Rui Barbosa, Editora Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1958.

_____. **Amnista Inversa – Casos de teratologia jurídica**, Editora Officina de Obras do Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, 1896.

BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Metodologia e Racionalidade, tese de doutorado apresentada em 2004, mimeografado.**

BARROS, Sérgio Rezende de. **O Nó Górdio do Sistema Misto, in Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99**, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1949.

BOBBIO, Norberto. **Do Fascismo à Democracia**, tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Editora Campus/Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Malheiros, 18ª edição, São Paulo, 2006.

BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. **Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao Professor J.J.Gomes Canotilho**, Editora Malheiros Ltda., São Paulo, 2006.

BOUVIER, John. **Institutes of American Law**, New edition, Philadelphia, 1870.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, Editora J. Villeneuve e Cia, 1857.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4ª Edição, Editora Saraiva, 2002.

BUZUID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. Edição Saraiva, São Paulo, 1958.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**, Editora Almedina, reimpressão da 10ª edição, Lisboa, 2008.

CALAMANDREI, Pierro. **La Illegittimita Costituzionale delle Leggi nell Processo Civile**, Pádua, Itália, 1950.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1942.

CAMPOS, German J. Didart. **Derecho Constitucional**, Ediar AS Editora, Buenos Aires, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. Editora Almedina, 6ª edição, Coimbra, Portugal, 2002.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, Coimbra Editora, 2ª edição, Coimbra, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra Editora, Portugal, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, traduzido por Aroldo Plínio Gonçalves, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, Porto Alegre, 1992.

_____. **La Pregiudizialità costituzionale nel processo civile**, Milano, Italia, 1957.

CARNEIRO, Levi. **Federalismo e Judicialismo**, Alba Officinas Graphics, Rio de Janeiro, 1930.

CARNELUTTI, Francesco. **Studi di diritto processuale**, Pádua, 1925.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo**, Editora Del Rey, 13ª edição revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**, in “**Constituição e Democracia**”, obra coordenada por Antonio G. Moreira Maués, Editora Max Limonad, São Paulo, 2001.

CASTRO, Nunes. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1943.

CERVATI, Ângelo Antonio. **Per Uno Studio Comparativo del Diritto Costituzionale**, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, Editore Jovene, Milano, Italia, 1960.

CLÈVE, Merlin Clèmerson. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COLLAÇO, João Maria Tello de Magalhães. **Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no Direito Português**. França e Armênio editores, Coimbra, Arco d'Almedina, 1915.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revistando os Fundamentos do Controle de Constitucionalidade – Uma crítica à prática judicial brasileira**, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Editora Russell, Campinas/SP, 2002.

_____. **The General Principles of Constitutional Law in The United States of America**, Boston, 1880.

_____. **Treatise on the Constitutional Limitations Which rest upon the Legislative Power of the American Union**, Boston, USA, 1883.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual**. Editora. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1978.

_____. **The Higher Law Background Law Review**, Cornell University Press, New York, 1963 – republicação.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **A Invalidade no Processo do Trabalho Brasileiro**. Dissertação de Conclusão do Curso de Pós-Graduação (mestrado) da Universidade Federal do Paraná – Curitiba. Mimeografado, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, Editora JusPodivm, 2ª edição, Salvador/BA, 2008.

DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**, traduzido por Beatriz Sidou, Editora Universidade de Brasília, Brasília, reimpressão em 2009.

DÓRIA, Antonio Sampaio. **Direito Constitucional**. São Paulo. Editora Max Limonad, 1958, v. I, Tomo I.

DUGUIT, Leon. **Traité de Droit Constitutionnel**. Paris. Fointemoing & Cie Editeurst, 1911, Tomo I.

EVANS, Laurence B. **Cases on American Constitutional Law**, University Chicago, 6ª edição, 1952.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**, traduzido por Antonio Carlos Diniz de Andrada, publicado pela Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1963.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**, tradução de Manuel A. D. de Andrade, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 2ª edição, São Paulo, 1937.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. Editora Revista dos Tribunais, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Sistema Constitucional Brasileiro de Controle de Constitucionalidade**, Anuário Iberoamericano de Justitia Constitucional, Madrid, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 26ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, Editora Malheiros, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti Di Storia Delle Costituzioni Moderne – Le Libertà Fondamentali**, G. Giappichelli Editore, Seconda Edizione, Torino, Italia, 1995.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**, Editora Instituto Piaget, Lisboa, 1998.

GÉNY. **Méthode d'interprétation et sources em droit prive positif**, 2ª edição, Paris, 1919.

GRANT, James A. C. **El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidade de las leyes. Una Contribución de las Americas a la Ciencia Política**, Revista de la Facultad de Mexico, 1963.

GRINOVER, Ada Pellegrino. **Teoria Geral do Processo**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à Ciência do Direito**, Editora Forense, 7ª edição, São Paulo, 1976.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. São Paulo. Editora Abril Cultural, 1982.

HAURION, Maurice. **La Teoria de La Institucion y de La Fundacion**, tradução do francês para o espanhol por Anturo Enrique Sampay, Buenos Aires, 1968, distribuído pela Livraria dos Advogados Editora Ltda., São Paulo.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

_____. **A Força Normativa da Constituição**, traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, tradução da 20ª edição alemã por Luis Afonso Heck, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Enciclopédia Britânica, Chicago, Great Books, 1952.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1999.

JAGUARIBE, Hélio. **A Democracia de Péricles à Democracia Grega**, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1982.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutacion de la Constitucion**, tradução de Christian Förster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1992.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, Ed. Martins Fontes, 2ª edição, São Paulo, 2007.

_____. **Teoria Geral das Normas**, tradução de José Florentino Duarte, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/RS, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**, tradução de João Baptista Machado, Editora Martins Fortes, 4ª edição, São Paulo, 2000.

_____. **O Que é Justiça?**, tradução de Luis Carlos Borges, Editora Martins Fortes, 3ª edição, São Paulo, 2001.

_____. **O Problema da Justiça**, tradução de João Baptista Machado, Editora Martins Fortes, 3ª edição, São Paulo, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constituicion**, tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Editora Ariel, 2ª edição, Barcelona, 1969.

LUHMANN, Niklas. **Sistema Juridico y Dogmatica Juridica** - Coleccion "Estudios Constitucionales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**, Editora Dialética, 5ª edição, São Paulo, 2004.

MALBERG, Carré de. **Contribution a la Théorie Générale de l'Etat**, apud Paulo Bonavides, in Curso de Direito Constitucional, Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1951.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei -**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, Editora Malheiros, 26ª edição, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Saraiva, 2ª edição revista e atualizada, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, Editora Saraiva, 3ª edição, São Paulo, 1999.

_____. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos**, Editora Saraiva, São Paulo, 1990.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Os Fundamentos Actuaes do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Empresa de Publicações Technicas, 1932, v. I.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1973.

_____. **Comentários à Constituição Federal de 1946**, Henrique Cahen Editor, 1ª edição, Rio de Janeiro.

_____. **Tratado de Direito Privado**, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, editora Coimbra, 3ª edição, 1991.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra Editora, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional, 2ª edição, Tomo VI**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

MONCADA, Cabral de. **Lições de Direito Civil**, Editora Atlântida, Coimbra, 1932.

MOREIRA, Vidal. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10ª Aniversário do Tribunal Constitucional**, Editora Coimbra, Coimbra, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, revista e atualizada, São Paulo, 2009.

_____. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

NEVES, Antonio Castanheira. **O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**, Editora Livraria Petrony, Coimbra, Portugal, 1983.

NEVES, Marcelo. **Teoria de Inconstitucionalidade das Leis**, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

_____. **A Constitucionalização simbólica**, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2ª edição, São Paulo, 2007.

ORDRONAUX, John. **Constitutional Legislation of the United States**, Philadelphia, 1891.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**, Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2001.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim Caetano. **Primeiras Linhas sobre o Processo Civil**, Editora Imprensa Litterária, Coimbra, 1872.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Editora Forense, 2ª edição revista e ampliada de acordo com a Constituição de 5 de outubro de 1988, Rio de Janeiro, 1995.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, tradução de L. Cabral de Moncada, Editora Armênio Amado, 5ª edição, Coimbra, 1974.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**, Editora Forense, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1980.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**, Editora Civilização Brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1991.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Editora Mandamento, Belo Horizonte, 2003.

ROSENN, Keith S. **Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada, in Direito Constitucional em Evolução – Perspectivas**, obra coordenada por Paulo Gomes Pimentel Júnior, Juruá Editora, 2ª edição, Curitiba, 2006.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia Y Constitucion**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Jurisdicción Constitucional em España**, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1ª edição, Colômbia, 1999.

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el Common Law**, Madrid, 1995.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Evolução do Controle de Constitucionalidade e Competência do Senado Federal**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.

SOARES, Rogério Guilherme Eihart. **Acto Administrativo**. Editora Polis, Coimbra, 1978.

SOUSA, Leomar Barros Amorim. **A Produção Normativa do Poder Executivo (Medidas Provisórias, Leis Delegadas e Regulamentos)**, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, Brasília, 1999.

SOUZA, José Rodrigues de. **Analyse da Constituição do Império**, Editora São Luiz, 1867.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. **O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional**. Editora Gráfica Portuguesa, Lisboa, Portugal, 1988.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne B. **Teoria da Constituição- Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2003.

STEPHENS, Pamela J. **The New Retroactivity Doctrine: equality, reliance and stare decisis**. Publicado in *Syracuse Law Review*, Ohio State University, EUA, 1998.

STERN, Klaus. **Derecho Del Estado de La Republica Federal Alemana**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 18 edição. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

TRIBE, Laurence. **The American Constitutionel Law**, The Foundation Press, New York, 1988.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Princípios Constitucionais Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**, Lex Editora S.A., São Paulo, 2005.

WEFFORT, Francisco C. (Organizador). **Os Clássicos da Política**, 13ª edição, volume 1. São Paulo, Editora Ática, 2004..

ZAVASCKI, Albino Teori. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

b) Artigos

BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre Controle de Constitucionalidade. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, nº 4, dezembro de 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição portuguesa de 1976*, organizado por Jorge Miranda, Coimbra, **Revista Fundamentos**, 1996.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: Uma nova crença na Constituição. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, Belém, jan/jun de 1991.

_____. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. Palestra proferida no II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Brasília/DF, em 12 de novembro de 1994. **Publicação: s/i.**

_____. Konrad Hesse/Peter Häberle: Um retorno aos fatores reais de poder. **Publicação: s/i.**

ENTERRIA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaracion de ineficacia de las leyes inconstitucionais, **Revista de Direito Público**, 1989.

FAGUNDES, Seabra. A Função Política do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Público** nº 49/50 – jan/jun de 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista da Universidade de São Paulo**.

GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano VIII, nº 170, out/dez de 1987.

KNIJNIK, Danilo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo e Constitucional, **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, 1994.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. Palestra proferida em Belo Horizonte em 12 de agosto de 1964. **Revista de Direito Processual Civil**, vol. 5, 1966. Republicada pela Biblioteca do Ministério da Justiça, Brasília, 1997.

_____. O requisito da “relevância” para redução dos encargos do Supremo Tribunal. Palestra proferida na Federação do Comércio de São Paulo em 24 de agosto de 1965. **Revista dos Tribunais**, ano 54, vol. 360, outubro de 1965.

MAYER, Rafael. Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 41, nº 173, jul/set de 1988.

MOTA FILHO, Cândido. A Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista Forense**, ano 38, vol. 86, Rio de Janeiro, maio de 1941.

RE, Edward D. Stares decisis, tradução de Ellen Gracie Northfleet, **Revista de Processo, módulo Doutrina Internacional**, jan/mar de 1994.

SANTOS, Beleza dos. Interpretação e Integração das Lacunas da Lei em Direito e Processo Penal, in **Boletim da Faculdade de Direito**, Ano XI, Coimbra Editora Ltda. Coimbra, Portugal, 1930.

SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional, **Revista de Direito Público – doutrina estrangeira**, ano I, nº 2, out/nov/dez de 2003.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A Justiça frente ao Governo: Algumas notas. **Revista da EMARF**, Rio de Janeiro, vol. 1, 1999.

SILVA, José Afonso da. Interpretação da Constituição. I Seminário de Direito Constitucional Administrativo de 30 de maio a 03 de junho de 2005, **Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**.

SILVEIRA, José Néri da. O Supremo Tribunal Federal e a Interpretação Jurídica com Eficácia Normativa, **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 38, nº 159, Brasília, jul/set de 1981.

SOUZA, Nélon Oscar de. A Inconstitucionalidade das Leis. **Caderno de Direito Constitucional e Ciências Políticas do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional**, ano VI, nº 22, São Paulo, jan/mar de 1998.

STEINBERGER, Helmut. A Jurisdição e o Poder Político da Suprema Corte Constitucional da República Federal da Alemanha. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 39, nº 163, Brasília, jul/set de 1982.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 9, São Paulo, jan/jun de 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Controle da Constitucionalidade no Sistema Luso-Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, nº 13, v. 21, outubro de 1973.

TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 38, nº 157, Brasília, jan/mar de 1981.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Mutações na Corte – A nova perspectiva do STF sobre controle difuso. **Consultor Jurídico**, 23 de dezembro de 2008.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de Informação Legislativa, Senado Federal**, ano 36, nº 141, Brasília, jan/mar de 1999.

VIEIRA, José Ribas Vieira, coordenador do Grupo de Estudos “A Jurisdição Constitucional e a Democracia” integrado por ABREU, Igor de; SANTO, Ataliba Pinheiro Espírito; MOURA, Francisco A. L.; NOBRE, Gilza; MASTRODI NETO, Josué; MARTINS, Manuela. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa, Senado Federal**, ano 40, nº 160, Brasília, out/dez de 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da Corte?. **Revista da Universidade de São Paulo**.

c) Jurisprudência

- **Representação** nº 1.418-5/RS, Relator Ministro Néri da Silveira, acórdão publicado no Diário da Justiça de 25 de março de 1988.
- Representação nº 1.077/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 25 de setembro de 1984.
- Representação nº 1.340-5/BA, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 25 de fevereiro de 1994.
- Representação nº 1.080-5/SP, Relator Ministro Soares Muñoz, acórdão publicado no Diário da Justiça de 05 de março de 1982.

- Representação nº 971/RJ, Relator Ministro Djaci Falcão, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de novembro de 1998.
- Representação nº 1.016/SP, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 de outubro de 1979.
- Representação nº 1.451-7, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de junho de 1988.
- Representação nº 1.417/DF, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 15 de abril de 1988.
- Representação nº 1.012/SP, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 27 de setembro de 1979.
- Representação nº 1.155/DF, Relator Ministro Soares Muñoz, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de dezembro de 1983.
- Representação nº 94, Relator Ministro Castro Nunes, julgada em 17 de julho de 1946.
- **Ação Direta de Inconstitucionalidade** (Edcl) nº 3.756/DF, Relator Ministro Carlos Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 22 de novembro de 2007.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 75-6/PR, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de setembro de 1992.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2-1/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de fevereiro de 1992.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 129/SP, Relator originário Ministro Francisco Rezek, redator para o acórdão o Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de agosto de 1992.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102/DF, Relator Ministro Maurício Correa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 1995.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 853, Relator Ministro Paulo Brossard, acórdão publicado no Diário da Justiça de 29 de maio de 1992.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 203/DF, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de abril de 1990.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 513/DF, Relator Ministro Célio Borja, acórdão publicado no Diário da Justiça de 30 de outubro de 1992.

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de maio de 1996.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 415/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, acórdão publicado no Diário da Justiça de 29 de maio de 1992.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 652/MA, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de abril de 1993.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 779/DF, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 11 de março de 1994.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.716/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no Diário da Justiça de 27 de março de 1998.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.756/DF, Relator Ministro Carlos Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de outubro de 2007.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.660/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça de 09 de maio de 2008.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.648/CE, relator designado para o acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, decisão publicada no Diário da Justiça de 28 de setembro de 2007.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 15 de abril de 1994. /DF.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA, Relator Ministro Eros Grau, acórdão publicado no Diário da Justiça de 03 de agosto de 2007.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.501/MG, Relator Ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 04 de setembro de 2008.
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.458/GO, Relator Ministro Eros Grau, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de maio de 2008.
- **Habeas Corpus** nº 77.724/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 4 de novembro de 1998.
- **Ação Ordinária** (AgRg) nº 32-7, Relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 28 de setembro de 1990.
- **Ação Cível Originária** (Questão de Ordem) nº 1.006/RR, Relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de fevereiro de 2009.

- **Petição** (AgRg) nº 3.087/DF, Relator Ministro Carlos Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça de 10 de setembro de 2004.
- **Mandado de Segurança** nº 22.357/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça de 05 de novembro de 2004.
- Mandado de Segurança nº 22.690/CE, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 07 de dezembro de 2006.
- Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 25 de junho de 2007.
- Recurso Extraordinário nº 401.436/Go, Relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 3 de dezembro de 2004.
- Recurso Extraordinário nº 79.343/BA, Relator Ministro Leitão de Abreu, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 82/791-796.
- Recurso Extraordinário nº 93.356/MT, Relator Ministro Leitão de Abreu, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 97/1369-1373.
- Recurso Extraordinário nº 93.173/SP, Relator Ministro Firmino Paz, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 102/671-673.
- Recurso Extraordinário nº 78.533/SP, Relator Ministro Décio Miranda, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 100/1087-1091.
- Recurso Extraordinário nº 122.202/MG, Relator Ministro Francisco Rezek, julgado em 10 de agosto de 1993.
- Recurso Extraordinário nº 105.789/MG, Relator Ministro Carlos Madeira, acórdão publicado no Diário da Justiça de 09 de maio de 1986.
- Recurso Extraordinário nº 117.323/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de junho de 2001.
- Recurso Extraordinário nº 121.336/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 de junho de 1992.
- Recurso Extraordinário nº 565.714/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, acórdão publicado no Diário da Justiça de 07 de novembro de 2008.
- Recurso Extraordinário (EDcl) nº 96.802/RJ, Relator Ministro Alfredo Buzaid, acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de novembro de 1983.

- Recurso Extraordinário nº 79.343/BA, Relator Ministro Leitão de Abreu, acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de setembro de 1977.
- Recurso Extraordinário nº 168.277/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, acórdão publicado no Diário da Justiça de 29 de maio de 1998.
- Recurso Extraordinário nº 147.776/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de junho de 1998.
- Recurso Extraordinário nº 70.514/RS, Relator Ministro Sydney Sanches, acórdão publicado no Diário da Justiça de 27 de junho de 1997.
- Recurso Extraordinário nº 71.492/SP, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de abril de 1975.
- Recurso Extraordinário (AgRg) nº 328.232/AM, Relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de setembro de 2005.
- Recurso Extraordinário nº 78.209/SP, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, acórdão publicado no Diário da Justiça de 9 de outubro de 1974.
- Recurso Extraordinário nº 104.393/GO, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de maio de 1985.
- Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de maio de 2004.
- Recurso Extraordinário (AgRg) nº 372.005/PR, Relator Ministro Eros Grau, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de maio de 2008.
- Recurso Extraordinário nº 196.590/AL, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de novembro de 1996.
- Recurso Extraordinário (AgRg) nº 269.579/RS, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de dezembro de 2008.
- Recurso Extraordinário nº 559.943/RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 de setembro de 2008.
- Recurso Extraordinário nº 442.683/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de março de 2006.
- Recurso Extraordinário nº 353.657/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de março de 2008.

- Recurso Extraordinário nº 556.664/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de novembro de 2008.
- Recurso Extraordinário nº 78.594/SP, Relator Ministro Bilac Pinto, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 71/571-572.
- **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento** nº 478.721/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de fevereiro de 2007.
- Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 531.013/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 16 de fevereiro de 2007.