

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

MICHELLE FREIRE CABRAL

**AS RAZÕES DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

VITÓRIA
2008

MICHELLE FREIRE CABRAL

**AS RAZÕES DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Direito Processual Público.

Orientador: Prof. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos.

VITÓRIA
2008

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

C117r Cabral, Michelle Freire, 1982-
As razões de flexibilização dos efeitos da decisão de
inconstitucionalidade / Michelle Freire Cabral. – 2008.
153 f.

Orientador: Angel Rafael Mariño Castellanos.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Espírito
Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Ação de
inconstitucionalidade. 3. Direito constitucional. I. Mariño
Castellanos, Angel Rafael. II. Universidade Federal do Espírito
Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 34

MICHELLE FREIRE CABRAL

**AS RAZÕES DE FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Direito Processual Público.

Aprovada em 28 de agosto de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
Orientador

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
FACULDADES INTEGRADAS DE VITÓRIA-FDV

À minha linda prima, Rafaella Cabral e ao meu inesquecível avô, Hamilton Monteiro Freire.

AGRADECIMENTOS

Ninguém é nada sozinho. Assim no dia em que encerro esta etapa tão importante, não podia deixar de agradecer àqueles que certamente contribuíram, para a conclusão deste trabalho.

Em primeiro lugar, a Deus pela vida que tenho.

À minha amada Mãe que, ininterruptamente, vibrou com o meu sucesso, disposta a me acolher, muitas vezes pondo de lado suas próprias preocupações para me ajudar. Eu amo você.

Ao meu querido Pai, que continuamente torceu e contribuiu para minhas vitórias. Muito obrigada por tudo. Amo você!

À minha Vovó Bete, a mais linda do mundo, que, com seus gestos afetuosos, seu amor e suas orações, foi fundamental.

À minha preciosa família, avôs e avós, tios e tias, primos e primas e demais parentes, pelo apoio e carinho.

Ao meu Marcelo, por compreender as minhas eternas angústias e inquietações, pelo seu amor, sua dedicação e, é claro, pelas broncas nas horas certas. Obrigada por cuidar de mim.

Às minhas queridas amigas: Nanda, pelo carinho e presença constante; Carol, que compartilhou comigo momentos de alegrias e também de angústias e dúvidas; Mariana, pela leitura dos originais, com boa vontade, e pelos lanches no meio da tarde para aliviar a ansiedade; Sary, pelas risadas nos momentos de descontração e pela ajuda durante a qualificação; e a todas as outras que souberam compreender minha ausência nesse período de estudo.

Ao meu cachorrinho, Biscui, maior companheirinho do dia-a-dia, sempre ao meu lado, durante os seus 16 anos de vida, e que esperou até o último dia da conclusão deste trabalho para se despedir de mim para sempre.

Aos professores da Universidade, principalmente a Marcelo Abelha, a quem devo as mais importantes lições de Processo e também pelo seu carinho; e a Ricardo Gueiros, sempre disposto a compartilhar idéias sobre a minha dissertação e por ter aberto a sua biblioteca para minhas pesquisas.

Ao professor Jader Guimarães, por ter gentilmente participado de minha qualificação; e ao professor Geovany Jevaux, pelas suas criteriosas e valiosas observações em minha Banca de Defesa.

A todos os colegas e demais professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

À Alina, pelo prestimoso e competente trabalho de revisão de texto.

De forma especial, agradeço ao meu orientador, professor Angel Rafael Mariño Castellanos, homem de grandes idéias e ideais, que sempre acreditou e apostou em mim. Nunca irei me esquecer de nossas valiosas discussões teóricas e da sábia e amiga orientação.

A todos vocês o meu muito obrigada.

RESUMO

Trata do estudo da questão da decisão de inconstitucionalidade e sua eficácia no tempo proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade abstrato. Inicia, no Capítulo 1, uma abordagem acerca do Constitucionalismo e da Constituição, destacando, dentre suas características, a imortalidade normativa e a indisponibilidade política. Após, no Capítulo 2, introduz considerações acerca da jurisdição constitucional e alguns modelos de controle de constitucionalidade no Direito estrangeiro. Expõe toda a evolução da jurisdição constitucional e, mormente do controle de constitucionalidade no Brasil, desde a Constituição do Império até a do final do período militar. Faz uma explanação do atual modelo na Constituição da República de 1988. No Capítulo 3, aborda algumas peculiaridades do processo constitucional, suas partes, ferramentas e premissas, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e, principalmente, a sua eficácia temporal e o desenvolvimento no Direito estrangeiro de técnicas de decisão da inconstitucionalidade e suas justificativas. Pontua, no Capítulo 4, a função do Supremo Tribunal Federal como guardião maior da Constituição, faz uma retrospecto da jurisprudência e da doutrina acerca dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no controle abstrato, sob a vigência da Lei nº. 9.868/99 e fixa as razões de flexibilização e variabilidade da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade no sistema jurídico nacional. Diversos métodos foram utilizados para o desenvolvimento deste trabalho. São eles: o histórico, o jurídico-comparado, o dogmático e o argumentativo. Conclui que a nulidade da lei inconstitucional é princípio constitucional, mas pode ser afastada quando em confronto com outro valor constitucional superior.

Palavras-chave: Constituição. Jurisdição Constitucional. Processo constitucional. Controle de constitucionalidade; Inconstitucionalidade. Efeito prospectivo.

ABSTRACT

The study deals with the matter of the Supreme Court judicial review decision-making and its time effects modulation. It starts, in chapter one, an approach towards Constitutionalism and Constitution, emphasizing, between its characteristics, normative immortality and political unavailability. Later on, in chapter two, it introduces considerations towards Constitutional Jurisdiction and some models of judicial review in alien Law. It exposes all judicial review evolution and, mainly judicial review in Brazil, since the Empire's Constitution to the end of the military period. It explains the actual 1988 Republican Constitution model. In chapter three, it addresses some characteristics of the Constitutional Process, its parties, tools and premises, the effects of judicial review decision-making and, mainly, its time efficacy and the development in foreign Law of judicial review decision-making techniques and its justifications. It punctuates, in chapter four, the Supreme Court function as the guardian of the Constitution, under the vigilance of the Law # 9.868/99 and fixates the motives of judicial review decision-making gelatinization and time efficacy modulation in the National Judicial System. Various methods were used to develop such work. They are: the historical; the juridical-comparative; the dogmatic and the argumentative. It concludes that the invalidity of an unconstitutional law is a Constitutional Principle, but may be rejected when in confrontation with some other superior constitutional principle.

Key-words: Constitution. Constitutional Jurisdiction. Constitutional Process. Judicial Review; unconstitutionality. Prospective effects.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO	14
1.1 CONSTITUCIONALISMO.....	14
1.1.1 Constitucionalismo liberal.....	19
1.1.2 Constitucionalismo social.....	23
1.1.3 Constitucionalismo na atualidade.....	24
1.2 CONSTITUIÇÃO.....	24
1.2.1 Histórico e definição.....	25
1.2.2 As grandes correntes doutrinárias.....	27
1.3 SUPREMACIA, IMORTALIDADE NORMATIVA E INDISPONIBILIDADE POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO.....	31
2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	37
2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DEFINIÇÃO E MODELOS.....	37
2.1.1 Definição.....	37
2.1.2 Modelos.....	39
2.1.2.1 Estados Unidos da América.....	40
2.1.2.2 Áustria.....	43
2.1.2.3 Alemanha.....	46
2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	49
2.2.1 Constituição Política do Império do Brasil de 1824.....	50
2.2.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.....	53
2.2.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.....	56
2.2.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.....	60
2.2.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.....	62
2.2.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.....	66
2.3 ATUAL MODELO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	69

3 O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	74
3.1 A TÉCNICA PROCESSUAL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL OBJETIVO.....	75
3.2 EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE.....	80
3.2.1 Efeitos gerais e efeitos particulares.....	81
3.2.2 Efeitos declaratórios e efeitos constitutivos.....	83
3.2.3 Efeitos retroativos e efeitos prospectivos.....	85
3.3 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	87
3.3.1 Estados Unidos da América.....	89
3.3.2 Alemanha.....	93
3.3.3 Portugal.....	96
3.3.4 Espanha.....	98
3.3.5 Áustria.....	99
3.3.6 Itália.....	103
3.3.7 Direito Comunitário e Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	104
4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	107
4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO.....	108
4.2 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE...	115
4.2.1 A controvérsia sob a vigência da Constituição de 1988.....	122
4.2.2 A Posição do Supremo Tribunal Federal.....	124
4.2.3 A doutrina.....	130
4.3 RAZÕES DE FLEXIBILIZAÇÃO.....	135
CONCLUSÕES.....	140
REFERÊNCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

O objeto desta dissertação, cujo título é “As razões de flexibilização da decisão de inconstitucionalidade”, consiste na análise das justificativas das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade abstrato, referente à modulação de seus efeitos no tempo.

O tema em questão surgiu da previsão constante no art. 27 da Lei Federal nº. 9.868/99, que possibilita ao STF, por maioria de dois terços de seus membros, relativizar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em razão da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

A novidade gerou, e ainda gera, muita polêmica em sede doutrina, e o próprio interesse pela realização da pesquisa. Isso porque a tradicional doutrina constitucional defendeu sempre o dogma da nulidade da lei inconstitucional, alçado ao posto de princípio constitucional implícito. Mas não há como negar que a utilização da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma tendência do STF, como uma alternativa viável aos supostamente danosos efeitos de uma pronúncia de inconstitucionalidade.

Ademais, a questão da flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não é exclusividade do STF. A consulta à doutrina estrangeira indica que os órgãos constitucionais de cúpula de países, como Estados Unidos, Alemanha, Áustria, Itália, Portugal, Espanha, confiados da tarefa de interpretação da Constituição, já se utilizam, há muito tempo, da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Nesse quadro, a idéia da nulidade da lei inconstitucional, que surgiu nos primórdios do controle de constitucionalidade no sentido moderno, com o célebre caso *Marbury vs. Madison*, é constantemente questionada. Isso porque, ao longo do tempo, a teoria da nulidade, aparentemente, já não era mais suficiente para explicar o fenômeno da inconstitucionalidade das leis. Até mesmo o próprio modelo de controle difuso norte-americano sofreu mitigações decorrentes da necessidade de aplicação dos efeitos resultantes da teoria da anulabilidade. Houve uma atenuação dos efeitos

da eficácia *ex tunc*, em decorrência das exigências práticas, que investigamos.

Por certo, as doutrinas tradicionais e os instrumentos de proteção da Constituição, como o principal deles – o controle de constitucionalidade das leis – devem ser revisitados diante de um novo contexto apresentado a partir da segunda metade do século XX, quando a decisão de inconstitucionalidade não mais comportava efeitos estanques.

A pesquisa no Direito estrangeiro fez-se fundamental para compreendermos o contexto do surgimento da necessidade de se flexibilizar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

As questões mais atuais relacionadas com a interpretação e com a aplicação das normas constitucionais não podem ser completamente compreendidas, se não forem enunciados os principais fatos históricos responsáveis pela transformação dos Estados e, logicamente, dos modelos normativos constitucionais que sustentam tais ordenamentos. Dessa maneira, buscamos a origem e o desenvolvimento do que se entende por Constituição, para, por conseguinte, melhor compreender os mecanismos de sua defesa judicial.

Consabido a decisão de inconstitucionalidade de uma norma pode constituir um fator de incerteza e insegurança, afetar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos ou até apresentar-se como uma solução politicamente inoportuna. Nessa medida, as técnicas decisórias da inconstitucionalidade foram inovadas e transformadas de forma a preservar o sistema jurídico em última *ratio*.

Em nossa opinião, há inúmeras justificativas para um estudo acerca das razões de flexibilização da decisão de inconstitucionalidade utilizadas pelo STF. A primeira delas é a crescente importância que a Corte Suprema brasileira tem dado a esse instituto e, ainda, a crescente força das Cortes Constitucionais na definição do conteúdo da Constituição ao redor do mundo, transformando-se nas maiores responsáveis na preservação dos valores constitucionalmente protegidos. Daí também decorre a relevância do tema, observado não só do ponto de vista teórico mas também pragmático, em função das mudanças de paradigmas que levaram os

tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade a mudarem a perspectiva em relação à inconstitucionalidade e às suas conseqüências.

Partimos de diferentes posições, especialmente de autores cujas obras se consideram referências necessárias: Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Rui Medeiros, Hans Kelsen, Gilmar Ferreira Mendes, Garcia de Enterría, Mauro Cappelletti, Karl Larenz, Lúcio Bittencourt, Loureiro Júnior, Themistocles Brandão Cavalcanti, entre outros, e ainda em artigos jurídicos em decorrência da ausência do enfrentamento do tema diretamente pela doutrina especializada.

1 CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO

1.1 CONSTITUCIONALISMO

Ainda em nossos dias, apesar dos mais de dois séculos transcorridos e de toda a experiência ocidental acumulada em matéria de organização política e convivência constitucional, pretender definir constitucionalismo inspira os mais acalorados debates.

Isso se dá, pois o trato do tema transcende à mera descrição normativa, incita alta carga emotiva nos participantes do debate, de modo que comumente se foge – muito apesar da intencionalidade “científica” do debatedor – da neutralidade exigida a qualquer estudo científico.

O constitucionalismo pode ser tratado pelo menos em duas dimensões, a saber: a) como teoria da Constituição; b) como ideologia sobre a Constituição e forma de organização política.¹

Certamente o entendimento mais comum é aquele em que por Constitucionalismo se define a ideologia que sustenta o princípio do governo limitado e indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade (CANOTILHO, 2000). Nesse aspecto, pode-se entender o constitucionalismo moderno como uma *técnica específica da limitação do poder com fins garantísticos*.² Nas palavras de Canotilho (2000, p. 51), o conceito de

¹ André Ramos Tavares (2007, p. 1) identifica pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. São eles: “Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastantes remotas que pretendem em especial limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.

² Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para apontar o movimento político, social e cultural que, principalmente a partir do Século XVIII, questiona, nos planos políticos, filosóficos e jurídicos, os esquemas tradicionais de domínio público, sugerindo, *pari passu*, a criação de um novo modelo de ordenação e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2000).

constitucionalismo “[...] transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo uma teoria normativa da política [...]”.

O significado do constitucionalismo advém do movimento constitucionalista que o alçou ao posto de técnica jurídica de tutela das liberdades públicas. Esse movimento apregoava que todos os Estados deveriam possuir Constituições, as quais funcionariam como instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais.³ Pode-se dizer que o movimento constitucionalista teve caráter jurídico, social, político e ideológico. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 11) dispõe:

Jurídico, porquanto propôs a regulamentação legal do exercício do poder por intermédio da adoção de constituições escritas, cuja superioridade implica a subordinação de todos os atos governamentais aos seus dispositivos.

Social, porque estimulou o povo a lutar contra a hegemonia do poder absoluto a fim de dividi-lo, organizá-lo e discipliná-lo.

Político, pois brandou contra a opressão e o arbítrio, em nome da defesa e dos direitos e garantias fundamentais.

Ideológico, uma vez que exprimiu a ideologia liberalista, baseada na implantação de um governo das leis e não dos homens. Nesse particular aspecto de cunho liberal-burguês, a concepção de *constitucionalismo* não se restringe a limitar o poder e a garantir as liberdades públicas. Vai mais adiante, abrangendo os diversos quadrantes da vida econômica, política, cultural e social etc. (grifos do autor).

O movimento constitucionalista gerador da Constituição, em sentido moderno, tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos, geográficos e culturais diferenciados (CANOTILHO, 2000).

Traçando uma linha do tempo, podemos enumerar diversos eventos históricos que constituem seus legados. As idéias de democracia e de liberdade, difundidas principalmente em Atenas (Século V a.C.).⁴ Em Roma: “[...] *constitutio* e

³ Ver Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789): MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; CASCÓN, Angel Llamas; LIESA, Carlos Fernández. *Textos básicos de derecho humanos: com estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*. Navarra: Aranzadi, 2001. p. 106-110.

⁴ Karl Loewenstein (apud BULOS, 2008, p. 15) assevera que na Grécia existiu um “[...] regime político absolutamente constitucional. Através de um desses milagres, freqüentes na história das formas de governo, esta nação, excepcionalmente dotada, alcançou, quase que de um só passo, o tipo mais avançado de governo: a democracia constitucional. A democracia direta das Cidades Estado gregas, no Século V, é o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”. Cumpre destacar, no entanto, que os paradigmas de democracia que estabeleceram

constituciones surgem como o poder do imperador de emitir normas com força de lei, apenas de cunho administrativo, não ligadas à organização do Estado” (JEVEAUX, 2008, p. 2, grifos do autor). Ainda conforme o autor, na literatura, Platão (428/27–347 a.C.) contribuiu com “[...] diálogos da *politeia* e “das leis”, com a valorização da norma escrita, uma teoria da legalidade, mas de submissão do indivíduo à *polis*” (p. 1).⁵

Na Idade Média (Século V a XV), exemplo vigoroso, na busca da limitação do poder dos reis, foi a *Magna Charta Libertatum* de 15 de junho de 1215, outorgada na Inglaterra, pelo Rei João que, mais tarde, se tornou o legendário *João Sem-Terra*. Conforme os autores Martínez, Cascón, Liesa (2001) além da Magna Carta, existiram outros documentos de garantia dos direitos fundamentais que antecederam a moderna disciplina constitucional das liberdades públicas. Destacam-se: *Petition of Right*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; e *Bill of Rights*, de 1689.

De acordo com Jeveaux (2008, p. 2), com o Renascimento, período na história do mundo ocidental, com um movimento cultural marcante na Europa, considerado como um marco do final da Idade Média e o início da Idade Moderna, que começou no Século XIV, na Itália, e difundiu-se pela Europa no decorrer dos Séculos XV e XVI, vem o “[...] racionalismo, que rompeu as explicações religiosas e metafísicas, o antitradicionalismo e a laicização da cultura”; no plano jurídico, “[...] com as noções de soberania, fontes, ordenamento e positivismo”; na literatura Rousseau, Montesquieu, John Locke, entre outros (WEFFORT, 2002).

Com efeito, esses foram os principais legados da Antiguidade, da Idade Média e do Renascimento para o desenvolvimento do constitucionalismo.

os atenienses excluíam os escravos, os metecos (descendentes de estrangeiros, mas nascidos e radicados em Atenas) e as mulheres.

⁵ “De acordo com JAEGER, Werner, até Sólon (640-560 a.C.) o direito da antiguidade grega era essencialmente consuetudinário e interpretado pelos nobres. Nesse tempo, tomava o nome de *themis*, que significava lei como expressão da autoridade da polis, e dela não derivavam direitos no sentido subjetivo do termo. No governo de Sólon, os cidadãos livres que enriqueceram com o comércio passaram a exercer pressão contra os abusos interpretativos da magistratura nobre. Desse conflito de classes surge a *diké*, expressão que antes designava apenas a igualdade, e que passa a desempenhar a função de direito escrito, no sentido subjetivo do termo” (JEVEAUX, 2008, p. 1).

O constitucionalismo moderno⁶ designa um tipo próprio de Estado, marcado por um sistema político institucionalizado, que organiza o seu funcionamento, estabelece limitações ao poder e garantias aos indivíduos contra o seu exercício abusivo. Tais características são fruto de um longo processo histórico que teve início a partir dos debates da limitação do poder, que se apresentou tanto no período clássico e medievo quanto no moderno e no contemporâneo, e também do individualismo liberal, com as idéias de liberdade intrínseca de cada indivíduo e de consenso obtido por meio de uma teoria contratual.

Todo o processo histórico que culminou no desenvolvimento do constitucionalismo se institucionalizou com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América,⁷ em 1789, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando a origem dos grandes pilares do constitucionalismo: o Estado de Direito, a separação de poderes e a previsão de direitos e garantias fundamentais, que resumem uma mesma necessidade de toda a comunidade política.

No Século XVIII, consagrava-se um modelo (para uma comunidade política, organizada e civilizada) de limitação do poder político – a partir de uma teoria contratual. Tal modelo resume uma visão, uma meta, um propósito. Daí dizer que o constitucionalismo moderno é um paradigma.⁸ São considerados legítimos apenas os Estados que se organizavam dessa maneira politicamente idealizada.

O constitucionalismo, ao ser convencido (porquanto ideologia, crença) como a melhor forma de organização, tornou-se uma espécie de *regra de reconhecimento*,⁹ e quem não se organizasse dessa forma não era considerado legítimo, porque não observou as exigências impostas pelo modelo. Como *regra de reconhecimento*, seriam definidos os critérios axiológicos, ideológicos e morais para a validade da

⁶ Não é adequado definir o constitucionalismo moderno como uma forma jurídica escrita, por meio de uma lei fundamental, pois se estaria excluindo dessa forma a Inglaterra. Novidade é defini-lo como um sistema político institucionalizado.

⁷ Cumpre destacar que, rigorosamente, a idéia de fixar princípios e normas em uma Constituição escrita adveio muito antes de 1787. Foi uma criação dos constituintes de 11 das 13 colônias norte-americanas que adquiriram independência, entre os anos de 1776 e 1780 (HAMILTON; JAY; MADISON; 1959). Cf. Martínez, Cascón, Liesa (2001, p. 97-101).

⁸ Angel Rafael Mariño Castellanos (informação verbal).

⁹ Cf. Hart (2001, p. 111-135).

ordem jurídica e também da política. É uma projeção do político e do jurídico, verdadeiro modelo a ser construído e institucionalizado, isto é, de outra maneira o *Modus político* que a burguesia¹⁰ desenhou e precisava implementar.

O modelo do constitucionalismo foi identificado como a *fórmula institucional* da viabilidade capitalista, a sociedade das liberdades, a propriedade privada,¹¹ a limitação do poder e a igualdade.¹²

Nesse diapasão, a Constituição é referência obrigatória. Se há algo que caracteriza a dimensão jurídica do constitucionalismo é o destaque à Constituição como texto, sua supremacia, vinculação e subordinação de todos da comunidade política (indivíduos e poderes públicos), a declaração e defesa de sua validade incontestável, sua imortalidade normativa e sua indisponibilidade política.¹³

Em termos jurídicos, isso significa o respeito às estruturas que a Constituição introduz na sociedade. Pressupõe seu respeito e defesa, conquanto é a consagração do pacto realizado pela comunidade política. O pressuposto do Pacto,¹⁴ como fundamento da legitimidade, e da Constituição, como a expressão jurídica dele, foram também resultados da pragmaticidade de obras e discussões anteriores.

No momento da institucionalização do constitucionalismo, no final do Século XVIII, nos Estados Unidos, na França e nos demais Estados que aceitaram o paradigma proposto, os respectivos regimes políticos tiveram que se adaptar ao novo modelo, mas respeitando suas particularidades. Em sua forma fundamental, os Estados não deixaram de ser o que já eram ao adotarem constituições. Monarquias continuaram

¹⁰ Cf. Lassalle (2001).

¹¹ Ver John Locke (in: WEFFORT, 2002. p. 94-95).

¹² Ver Declaração de Direitos do Povo de Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), Bill of Right. Declaração de direitos da Constituição dos Estados Unidos da América e 10 primeiras emendas (1791) e a Constituição Francesa (1793), (in: MARTÍNEZ; CASCÓN; LIESA, 2001, p. 97-103, 110-116).

¹³ Angel Rafael Marinõ Castellanos (informação verbal).

¹⁴ A Teoria Contratual, que foi consagrada em Rousseau, iniciou-se desde Hobbes e Locke. O contrato social (ou contratualismo) é um acordo entre os membros de uma sociedade, pelo qual reconhecem a autoridade, igualmente sobre todos, de um conjunto de regras, de um regime político ou de um governante. O contratualismo parte do pressuposto de que os todos os indivíduos o irão respeitar. As teorias sobre o contrato social se difundiram nos Séculos XVI e XVII, como forma de explicar ou postular a origem legítima dos governos e, portanto, das obrigações políticas dos governados ou súditos (WEFFORT, 2002).

monarquias, estados unitários não se federalizaram, etc.

Os ideais adjacentes a esse pensamento, portanto, não foram inteiramente cumpridos. Os Estados simplesmente se amoldaram a ele. A Constituição apenas formalizou o que já era institucionalizado (fontes concretas de poder). Sob esse prisma, a expansão do paradigma constitucionalista trouxe conseqüências maléficas ao próprio modelo, que redundou em variadas receitas distintas, fenômeno que, antes de fortalecer o constitucionalismo, acabou por fragilizá-lo.

Nesse sentido, Canotilho (2000) sustenta que, em termos rigorosos, não há um constitucionalismo; há vários (o inglês, o americano, o francês, etc.). Afirma, assim, que é preferível dizer que há diversos movimentos constitucionais “[...] com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórica-cultural” (p. 51).

A diversidade de modelos nacionais de constituições e experiências constitucionais obrigam a se falar de Constituição como forma de organização e de vida de uma comunidade política e não apenas como um texto. Constituição resulta sinônimo de sistema constitucional, porque, a despeito de diferenças de formulação, o paradigma leva a similar engenharia política, institucional e jurídica.

Certamente, com Dworkin,¹⁵ poderemos afirmar que a Constituição expressa o que a comunidade quer ser e o que quer ter.

1.1.1 Constitucionalismo liberal

O constitucionalismo desponta a idéia de Direito liberal, de liberdade política e de

¹⁵ Ronald Dworkin (1999, p. 492) coloca: “A atitude do direito é constitutiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que queremos ter”.

limitação do poder. Só é Estado constitucional, efetivamente constituído, se os indivíduos usufruem de liberdade, segurança e propriedade, desde que o poder esteja distribuído por diversos órgãos. Nesse prisma, os indivíduos possuem direitos inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, na configuração do Estado Constitucional. O rei, por sua vez, deixa de ser soberano e passa a haver outros órgãos, tais como: Assembléias ou Paramentos, Ministros e Tribunais independentes – de forma que o poder trave o poder, como preconizado por Montesquieu.¹⁶ Daí a necessidade de uma Constituição para se estabelecer as várias funções denominadas *poderes do Estado* (MIRANDA, 2007).

Para Jorge Miranda (2007), o constitucionalismo enxerga na Constituição um meio para se atingir o seu fim, que está na proteção de conquistas em favor dos indivíduos, dos homens e dos cidadãos. Define que “O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos” (p. 16).

As idéias iluministas transportadas para o contexto político ensejaram o surgimento da racionalização do poder que significava a necessidade de consolidação dos direitos individuais e da tripartição das funções estatais na Constituição (SILVA NETO, 2006). A principal manifestação do princípio liberal são as Declarações de Direito editadas no Século XVIII, das quais as mais importantes são as Declarações de Virgínia, da Independência dos Estados Unidos e dos Direitos do Homem e do Cidadão, esta última promulgada em 24 de agosto de 1789 pelos revolucionários franceses.

Tais Declarações pretendem enunciar direitos do Homem, que constituem limites intransponíveis para a própria ação do Estado. É uma pragmática política e jurídica construída sob a influência da Escola clássica do Direito natural, defensora dos atributos inatos e inalienáveis do homem em sociedade.

O enunciado das liberdades, nas Declarações, se destina a traçar a fronteira entre o

¹⁶ Cf. Montesquier (in: WEFFORT, 2002, p. 118).

restrito campo da ação do Estado e o vasto território da livre conduta do Homem. Traduz essas Declarações uma concepção da liberdade que Benjamin Constant ¹⁷ denominou de *liberdade dos modernos*. É a liberdade-autonomia, a liberdade numa esfera de vida em que o Estado não pode imiscuir-se, numa esfera que, portanto, está fora do alcance das leis e dos atos de governo (FERREIRA FILHO, 1979, p. 34-35).

O constitucionalismo liberal defendeu uma idéia de liberdade-autonomia. Partiu da concepção de que o Estado não deveria intervir nos assuntos econômicos e que deveria se limitar a viabilizar a concretização do sistema capitalista. Na visão de Adam Smith, constituía verdadeiro despropósito a intervenção do Estado na economia, porquanto a *mão invisível* se encarregaria de efetivar o natural equilíbrio do sistema. O liberalismo partiu do pressuposto de que sociedade, identificada como um grande mercado nacional, seria suficiente para resolver suas próprias demandas.

Essa liberdade de autonomia, por sua vez, esbarrava basicamente em dois paradoxos: a) nem todos tinham possibilidade de desfrutar tais liberdades (pela falta de garantia à igualdade); e b) a participação na política não era condição de que poderiam desfrutar todos os cidadãos.¹⁸

Estava dito que a sociedade deveria girar em torno do homem, mas não a condicionava nem a viabilizava nesse sentido. Reduziu-se a questão em reconhecer

¹⁷ Benjamin Constant (1767-1830) foi um pensador, escritor e político suíço. Escreveu "Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos", em 1819, em que contrapunha a liberdade dos indivíduos em relação ao Estado ("liberdade de") da liberdade dos indivíduos no Estado ("liberdade em"). "[...] A liberdade dos antigos era participatória, uma liberdade republicana, a qual dava aos cidadãos o direito de influenciar diretamente as políticas por debates e votos em assembléia pública. Para poder suportar esse nível de participação, cidadania era uma obrigação moral pesada que requeria um considerável investimento temporal e energético. Geralmente, isso requeria uma subsociedade de escravos para fazer muito do trabalho produtivo, deixando os cidadãos livres para deliberar em questões públicas. A Liberdade dos Antigos também era limitada para sociedades relativamente pequenas e homogêneas, nas quais o povo podia se reunir convenientemente em um local para tratar de questões públicas. A Liberdade dos Modernos, em contraste, era baseada na posse de liberdades civis, na regência da Lei, e na liberdade de muita interferência estatal. Participação Direta seria limitada: uma conseqüência necessária do tamanho dos estados modernos, e também do resultado inevitável de se ter criado uma sociedade comercial na qual não há escravos mas quase todos têm de ganhar algo em troca de trabalho. Então diferente da primeira, os votantes elegeriam representantes, que deliberariam no Parlamento baseados na vontade popular e salvariam o povo da necessidade de envolvimento político diário" (Acesso em 31 jan. 2008).

¹⁸ A democracia liberal excluía os mais pobres, em razão do critério censitário do sufrágio, e as mulheres, que apenas há menos de um século conquistaram o voto e a elegibilidade.

direitos. Defendeu-se que essas liberdades e direitos seriam a grande meta, mas não se definiu como seriam concretizados e não houve a responsabilização do Estado, poder público e governantes que teriam recebido da comunidade, por meio do *contrato social*, tal atribuição.¹⁹

Por outra parte, esses Estados de Direito não eram democráticos, o que era paradoxo. Isso porque os cidadãos não foram igualmente reconhecidos como sujeitos da vida política, daí sua exclusão da política e da atuação no governo.

O grande paradoxo que era a ausência de viabilidade social ficou sem solução. Na realidade, não tinham a economia e o Estado liberal nenhuma possibilidade de realizar os direitos que haviam declarado, não havia condicionalidade. Isso porque se tinha declarado liberdade, mas não se tinha igualdade. Essa desigualdade foi o embrião para o segundo momento do constitucionalismo.

Os paradoxos gerados pelo constitucionalismo liberal e constatados numa Europa desigual e indiferente e nos Estados Unidos escravagistas, racistas e conservadores foram alvo de críticas direcionadas em dois sentidos: a) a reformulação do modelo, haja vista o desrespeito aos valores em que se sustentava a própria idéia de liberdade, igualdade e fraternidade, embora não se pretendesse, como objetivo final, acabar com o capitalismo, caso dos socialistas utópicos Saint Simon, Charles Fourier e Proudhon, exemplos franceses, e da social democracia alemã; e b) a extinção do capitalismo e a substituição por outro tipo de organização política, econômica, social e jurídica, postura do marxismo, que tiveram em Karl Marx e Friedrich Engels²⁰ seus principais expoentes.

A tais paradoxos e críticas somaram-se as manifestações históricas e revolucionárias, como a Comuna de Paris (1871), os movimentos grevistas, a formação de partidos comunistas, etc.²¹

¹⁹ Angel Rafael Marinó Castellanos (informação verbal).

²⁰ A doutrina marxista, cujos os fundadores foram Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), tem por ponto de partida, por um lado, a doutrina filosófica do materialismo, por outro, a idéia de evolução (DAVID, 1998).

²¹ Com efeito, diante do quadro apresentado no início do Século XX, apareceu, perante o Estado capitalista, um dilema: persistir na política adotada e possivelmente continuar a ser alvo de críticas ou partir para reformas.

1.1.2 Constitucionalismo social

O impacto da questão social gerou sobre o constitucionalismo liberal diversas e importantes conseqüências, fazendo surgir um ideal de um novo Estado. No Século XX, o fenômeno constitucional iria sofrer vicissitudes decisivas: generalizar-se-ia, universalizar-se-ia e, simultaneamente, perderia sua referência a um conteúdo liberal.

Os regimes adotam uma Constituição (no sentido moderno), desde aqueles que, de uma maneira ou de outra, mantêm Constituições vindas de época anterior e consagram evolutivamente exigências sociais (o Estado Social de Direito), até os que pretendem instaurar-se de novo (o Estado marxista-leninista, o fascista e fascizante, o de fundamentalismo islâmico) (MIRANDA, 2007)

Nesse sentido, Jorge Miranda (2007, p. 17) assevera:

Deixa de se considerar como padrões fundamentais da vida coletiva as liberdades individuais e a separação de poderes para, ou acrescentar-lhes direitos econômicos, sociais e culturais (o Estado social de Direito), ou para acolher diferentes sentidos da pessoa humana e do povo e diferentes tarefas do poder político (o Estado marxista-leninista, o fascista e fascizante e o de fundamentalismo islâmico).

O receio de eclodirem movimentos de insatisfação popular, como a revolução soviética (1971), alcançou níveis tão significativos que ocasionou a inserção de novos elementos sociais nas Constituições. E isso não se restringiu às Constituições de influência socialista, mas também atingiu as Constituições de índole predominantemente liberal (SILVA NETO, 2006).²²

Tratou-se não apenas de uma mudança social, mas de uma transformação político-jurídica, que se consagrou, definitivamente, depois da Segunda Guerra Mundial, com a Constituição Italiana de 1947 e da Alemanha, Lei Fundamental de Bonn (parte

²² Anota-se que os princípios de justiça social, consolidados a partir do Manifesto Comunista de 1848, de Marx e Engels, não foram apenas responsáveis pelo surgimento dos modelos econômicos socialistas; influenciando até os Estados nos quais as economias assentadas sobre o regime de livre mercado, tornando-se impositiva a incorporação de direitos sociais nas constituições contemporâneas (SILVA NETO, 2006).

ocidental), em 1949.²³ Instituíam-se um novo paradigma, um novo modelo constitucional. O papel do Estado foi ampliado, atribuindo-lhe novas funções, reconhecendo novos direitos econômicos e sociais.²⁴

Nesse modelo, aconteceu uma segunda expansão que tem três momentos fundamentais: a) Constituição da Espanha de 1976; b) Constituição Portuguesa de 1976; e c) Constituição Brasileira de 1988, que são uma representação do paradigma de constitucionalismo social.

1.1.3 Constitucionalismo na atualidade

A fase que estamos vivendo é a do constitucionalismo contemporâneo, marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

É no constitucionalismo contemporâneo que iremos ver, com notável nitidez, o robustecimento daquelas idéias hauridas na segunda metade do Século XX, na etapa do constitucionalismo moderno, preconizadas pelo ideário *pós-positivista*, responsável pelo florescimento de um *constitucionalismo principialista*, ou oriundo do reconhecimento da face principiológica do Direito (BULOS, 2007).

1.2 CONSTITUIÇÃO

Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontramos sempre um conjunto

²³ Ressaltamos que, antes disso, já havia sido publicada a Constituição Mexicana (1917), de Weimar (1919), de Cuba (1940), do Brasil de 1946, entre outras que se agruparam no novo modelo. Cf. Martínez, Cascón, Liesa (2001, p. 219-237).

²⁴ Mas cumpre destacar que a teoria econômica vigente ainda continuava a ser capitalista, as novas funções do Estado não propiciaram a mudança de sua essência.

de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, simples ou complexas. Encontramos uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre o poder e a comunidade política, ou entre os governantes e os governados (MIRANDA, 2007).

Todo Estado necessita de uma Constituição para o enquadramento de sua existência, sinal de sua unidade e de sua presença diante dos demais Estados. Ela funda o Estado como instituição, algo permanente para além das circunstâncias e dos detentores do poder; é esteio, se não da legitimidade, pelo menos da legalidade. “A Constituição *constitui* o Estado, tal como em qualquer outra sociedade algum corpo de normas desempenha análoga função estruturante. A diferença está que somente a Constituição é *originária*”, acentua Jorge Miranda (2007, p. 8).

Se a Constituição, assim considerada, possui alcance universal, independentemente do conteúdo de que dispõe, cumpre buscar historicamente o entendimento doutrinário sobre ela.²⁵

1.2.1 Histórico e definição

No transcorrer dos Séculos XIX, XX, XXI, a Constituição surge, consoante as diferentes correntes doutrinárias, com natureza, significação, características e funções diversas. Utilizando as lições de Jorge Miranda (2007), apontaremos sinteticamente algumas concepções de Constituição:

a) concepções *jusnaturalistas* (manifestadas segundo as premissas do jusracionalismo nas Constituições liberais influenciadas depois por outras

²⁵ Para uma introdução histórica ao conceito de Constituição, ver, entre tantos, Georg Jellinek (Allgemeine Staatslehre, trad. Teoria General del Estado); Santi Romano (Le prime carte costituzionali); Carl Schmitt (Verfassungslehre, trad. Teoria de la Constitución); Karl Loewenstein (Verfassungslehre, trad. Teoria de la Constitución); Georges Burdeau (Traité de Science Politique); Pablo Lucas Verdu (Curso de Derecho Político, II); Nelson Saldanha (Formação da Teoria Constitucional); Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição).

tendências) – a Constituição como expressão e reconhecimento, no plano de cada sistema jurídico, de princípios e regras de Direito natural (ou de Direito racional), sobretudo dos que exigem respeito dos direitos fundamentais das pessoas; a Constituição como meio de subordinação do Estado a um Direito superior, de tal sorte que, juridicamente, o poder político não existe senão em virtude da Constituição;

b) concepções *positivistas* (prevalentes de meados do Século XIX, tendo como representantes, entre outros, Jellinek e Kelsen) – a Constituição como lei, definida pela forma, independentemente de qualquer conteúdo axiológico, havendo entre a lei constitucional e a lei ordinária apenas uma relação lógica de supra-ordenação;²⁶ a Constituição como conjunto de normas decretadas pelo poder do Estado e definidoras do seu estatuto;

c) concepções *historicistas* (representantes Burke, de Maistre, Gierke) – a Constituição como expressão da estrutura histórica de cada povo e referente à legitimidade da sua organização política; a Constituição como lei que deve reger cada povo, tendo em conta as suas qualidades e tradições, a sua religião, a sua geografia, as suas relações políticas e econômicas;

d) concepções *sociológicas* (Lassalle e Sismondi) – a Constituição como conjunto ou consequência dos mutáveis fatores sociais que condicionam o exercício do poder; a Constituição como lei que rege efetivamente o poder político em certo país, por virtude das condições sociais e políticas nele dominantes;

e) concepções *institucionalistas* (Hauriou, Santi Romano, Burdeau, Mortati) – a Constituição como expressão da organização social, seja como expressão das idéias duradouras na comunidade política, seja como ordenamento resultante das instituições, das forças e dos fins políticos;

²⁶ “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado da outra, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja a produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora” (KELSEN, 1998, p. 247).

f) concepção *decisionista* (Schmitt) – a Constituição como decisão política fundamental, válida só por força do ato do poder constituinte, sendo a ordem jurídica essencialmente um sistema de atos preceptivos de vontade, um sistema de decisões;

g) concepções decorrentes da *filosofia dos valores* (Maunz, Bachof) – a Constituição como expressão da ordem de valores, ordem que lhe é, portanto, anterior, por ela não criada e que vincula diretamente todos os poderes do Estado (MIRANDA, 2007).²⁷

1.2.2 As grandes correntes doutrinárias

Canotilho (2001) afirma que a teoria da Constituição não se limita à tarefa de *investigação* ou *descoberta* dos problemas políticos constitucionais, tampouco à função de elemento *concretizador* das normas da Lei Fundamental, servindo, antes, para racionalizar e controlar a pré-compreensão constitucional. Nesse sentido, a *teoria da constituição* é uma condição da pré-compreensão da Constituição.

Não obstante a ausência de um conceito²⁸ ou concepção de Constituição que possa ser considerado *doutrina dominante*, os debates teórico-constitucionais permitem compreender quais são os grandes temas e os grandes problemas com que se defronta a teoria da constituição (CANOTILHO, 2001).

A primeira das teorias da Constituição, em particular, que interessa resumir, por ser

²⁷ Todas as informações foram extraídas da exposição de Jorge Miranda (2007).

²⁸ Observação que faz Carl Schmitt (1996) acerca dos diversos sentidos para a palavra Constituição: “La palabra 'constitución' reconoce una diversidad de sentidos. En una acepción general de la palabra, todo, cualquier hombre y cualquier objeto, cualquier establecimiento y cualquier Asociación, se encuentra de alguna manera en una “constitución” y todo lo imaginable puede tener una 'constitución'. De aquí no cabe obtener ningún sentido específico. Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra “constitución” a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreta de la existência estatal; entonces significa la situación total de la unidade y ordenaciós políticas. Pero “Constitución” puede significar también um sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, sí, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal”.

uma rejeição das doutrinas liberais ainda no Século XIX, é a de Ferdinand Lassalle.

Em famosa conferência de Lassalle (2001), pode ser localizada a origem da crítica sociológica à concepção jurídico-formal da Constituição. Esse autor afirma a necessidade de se distinguir entre a Constituição real e a Constituição escrita, no sentido de que a verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos *fatores reais de poder* que dominem essa comunidade. A Constituição escrita que não corresponde a tais fatores não passa de *folha de papel*, pois está condenada a ser por esses fatores afastada.

Lassalle (2001) estabeleceu o antagonismo entre a Constituição verdadeira ou real, que exprime a correlação das forças reais do país, e a Constituição escrita ou formal, qualificada como *folha de papel*, quando não corresponder aos reais fatores de poder.

Com efeito, uma Constituição somente será efetiva e duradoura quando se apoiar na força ativa da sociedade, nos grupos que estão no poder. Desse entendimento é possível afirmar que Lassalle (2001) deslocou a Constituição de sua posição suprema e inverteu a regra que o constitucionalismo construiu, na medida em que não é a Constituição que limita e institucionaliza o poder, mas sim os fatores reais do poder.²⁹

Em seu entendimento:

[...] a verdadeira Constituição de um país somente reside nos fatores reais efetivos de poder que regem nesse país; e as Constituições escritas não têm valor e nem são duradouras mais do que quando dão *expressão fiel* aos fatores de poder vigente na realidade social [...] (LASSALLE, 2001, p. 71).³⁰

²⁹ À sua época, Lassalle (2001) indica, como verdadeiros fatores reais do poder, a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, com algumas condições de se unirem, a pequena burguesia e a classe operária. Ressalta que a força policial não seria um fator real de poder, mas um instrumento desse.

³⁰ Anote-se que o realismo sociológico de Lassalle tornou-se percussor do movimento de desvalorização da Constituição escrita na democracia constitucional e a erosão da consciência social, que se exterioriza na indiferença pelo destino da Constituição, que a torna alvo freqüente das arremetidas do poder fáctico. Tal manifestação sofreu análise crítica de Loewenstein e de Burdeau (HORTA, 2003).

Em contrapartida, a concepção *decisionista*, no domínio constitucional, encontra, nas concepções de Carl Schmitt (1996), o seu maior expoente. Distingue quatro conceitos de Constituição: a) *absoluto*; b) *relativo*; c) *positivo*; d) *ideal*.

Em sentido absoluto, a Constituição pode significar a maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente: uma concreta situação de conjunto da unidade política e ordenamento social de um Estado; uma maneira especial de ordenação política e social; um princípio da dinamicidade da unidade política; sistema de normas supremas e últimas: Constituição como um dever-ser; válida quando emanada de um poder constituinte (é dizer força de autoridade) e estabelecida por sua vontade (SCHMITT, 1996).

Constituição, em sentido relativo, significa uma pluralidade de leis particulares. Para esse conceito formal, é indiferente que a lei constitucional regule a organização e a vontade estatal ou tenha outro conteúdo qualquer. Basta a inserção de certas normas na Constituição para serem leis fundamentais. A Constituição escrita – por seu caráter formal – só pode ser editada quando certos atributos, seja da pessoa, seja do órgão que emite o documento, seja do conteúdo do instrumento, justificam falar da constituição em sentido formal. Dificuldade para a reforma, como característica formal da lei constitucional: com isso, protege-se a duração e a estabilidade das leis constitucionais e aumenta-se a força legal (SCHMITT, 1996).³¹

Já no conceito positivo, a Constituição surge mediante um ato do poder constituinte definido. Esse ato não contém quaisquer normas, mas, sim, e precisamente por ser um único momento de decisão, a totalidade da unidade política considerada na sua particular forma de existência; e ele constitui a forma e o modo da unidade política, cuja existência é anterior. Para esse conceito, faz-se necessária a distinção entre Constituição e lei constitucional. As leis, inclusive as leis constitucionais, necessitam, para sua validade, de uma decisão política prévia, adotada por um poder ou em por uma autoridade politicamente existente. Daí a diferença entre a Constituição e a lei

³¹ Anota-se que há Estados que todas as prescrições, sem levar em consideração o seu conteúdo podem ser reformadas. Quando isso ocorre com leis constitucionais, chama-se de Constituição flexível, pois a reforma é pelo mesmo procedimento de uma lei. Já as absolutamente rígidas proíbem qualquer mudança (mas, o que acontece na prática é a proibição de reforma de alguns dispositivos específicos). Crítica ao conceito: a Constituição é, por seu conteúdo e alcance, sempre mais elevada e abarca mais do que qualquer lei particular.

constitucional, que só é possível porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma, mas no seu procedimento, pois no fundo de toda a sua normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, ou seja, do povo na democracia e do monarca na monarquia (SCHMITT, 1996).

Por fim, o conceito ideal de Constituição: designa-se como verdadeira ou autêntica a Constituição que, por razões políticas, corresponde a certos ideais. Conceito ideal de Constituição no Estado de Direito seria um sistema de garantias da liberdade burguesa, separação de poderes públicos e documento constitucional (Constituição escrita). A particularidade de seu ideal de Constituição consiste em que com ele se adota uma organização de Estado de um ponto de vista crítico e negativo em frente ao poder do Estado – proteção do cidadão contra o abuso do poder do Estado (SCHMITT, 1996).

O trabalho desenvolvido por Konrad Hesse – um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno – sustenta que a Constituição é a ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade.

Para Hesse (1991), a Constituição jurídica não está desvinculada da realidade histórica, mas não configura apenas a expressão de uma dada realidade, graças a seu elemento normativo, pois ela ordena e conforma a realidade política e social. A Constituição tem que estar aberta ao tempo, o que não significa nem dissolução nem diminuição de força normativa. Para esse autor, “[...] a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na 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” (1991, p. 19). Mesmo em caso de confronto, existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar a sua força normativa. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, como questões jurídicas, em questões de poder (HESSE, 1991).

Konrad Hesse (1991, p. 32) alerta:

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e

realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação ao futuro de nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

1.3 SUPREMACIA, IMORTALIDADE NORMATIVA E INDISPONIBILIDADE POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO

Sem dúvida, a grande construção do pensamento moderno no plano do Direito Constitucional e Público foi a Constituição, entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador (CAPPELLETTI, 1999). Desde então, a compreensão do ordenamento jurídico, como tal, está intimamente ligada às idéias de Constituição e de sua supremacia, imortalidade normativa e indisponibilidade política.

A concepção de supremacia das normas constitucionais não representa, todavia, inovação desenvolvida no constitucionalismo moderno. A filosofia antiga já acena no sentido de imputar a um certo conjunto de leis (ainda ausente a noção de constituição nos moldes em que hoje é sedimentada) o atributo de absoluta superioridade. Platão defendeu a idéia de que a lei deve constituir reprodução da ordem divina, razão pela qual a norma é superior e imutável, não devendo se sujeitar aos interesses mutáveis do homem ou da sociedade. Mais à frente, Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) reafirmou essa tese, ao argumentar que a lei representa uma figura superior às paixões humanas, formulando a tese da “supremacia da lei” e da ilegitimidade da lei injusta (CAPPELLETTI, 1999).³²

Os antecedentes do Direito inglês também tiveram grande importância para a compreensão da supremacia da Constituição. As instituições inglesas inspiraram o sistema americano de controle das leis, conforme a hierarquia valorativa das normas. Juristas eminentes, como Locke e Blackstone, dispuseram em suas obras

³² Cf. Poletti (2001, p. 9-17).

que o exercício do Poder Público sem limites, com o desrespeito dos direitos individuais e das liberdades públicas, justifica, em determinadas situações, a própria rebelião armada. Apesar, é bem verdade, de que Blackstone se referia à onipotência do Parlamento, apto a praticar tudo que a natureza não desautorize (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).

Loureiro Júnior (1957) aponta que Lord Cock, autoridade de grande prestígio, anteriormente a Blackstone, não aceitava o poder ilimitado do Parlamento. Entendia nulas as suas determinações contrárias à *common law*. A sua influência atingiu os tribunais nesse período em que a escola do Direito natural fazia adeptos nos círculos jurídicos ingleses. Pontua: “Formou-se, de certa forma, a opinião sobre a existência de uma hierarquia de normas com o predomínio dos preceitos jusnaturalistas” (LOUREIRO JÚNIOR, 1957, p. 19-24). Coloca que, apesar de, no Direito inglês o Parlamento possuir poder ilimitado, as referências acima, entre outras, “[...] revelam apenas, em estado latente, certas regras que, expatriadas, conseguiram reconhecer a plena valia em outras plagas” (1957, p. 23). E continua ao afirmar:

Demonstram que os princípios da limitação legal dos Poderes, da sua diversidade, autonomia e independência, da constituição escrita, da hierarquia das normas com a prevalência de umas sobre outras, da competência da justiça para declarar deliberações, tanto da Coroa como do Parlamento, nulas e sem efeito, têm fundas raízes na Inglaterra. E, sem dúvida, tais são os pressupostos mais autorizados do sistema de controle da constitucionalidade das leis (1957, p. 23-24).

Esses são os principais legados da idéia de supremacia constitucional, que trouxe como consequência: a diferenciação de graus entre as leis constitucionais e as leis ordinárias, a diferenciação entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis (decorrendo a supremacia da rigidez) e o controle de constitucionalidade das leis. Esse último restou afirmado no célebre caso *Madison v. Marbury* (1803), (DAVID, 1998) que foi a primeira decisão judicial na qual a Suprema Corte americana afirmou o seu poder de exercer tal controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem contrárias a Constituição.³³

³³ É relevante apontar que a Constituição não conferia, de modo explícito, à Corte ou a qualquer outro órgão judicial, competência dessa natureza. Ao proferir o julgamento, a Suprema Corte demonstrou que sua atribuição decorreria logicamente do sistema. Foi primorosa a argumentação desenvolvida pelo juiz Marshall, apesar de não pioneira, acerca da supremacia da Lei Fundamental, da necessidade do *judicial review* e da competência do Poder Judiciário. Cf. Loureiro Júnior (1957, p. 39-

A decisão inaugurou, indiscutivelmente, o controle de constitucionalidade, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário como o seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contrariem. Sem dúvida, é o precedente mais citado como aquele que assentou a prevalência dos valores permanente da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.³⁴

Tem-se, nessa medida, como pressuposto basilar do Estado de Direito, a subordinação de todos os atos do Poder Público à Constituição, uma vez que esta representa o conjunto de normas e princípios que veiculam a estrutura e a organização fundamentais do Estado, bem como expressa a vontade soberana da nação.

O sistema jurídico, diante da teoria kelseniana, é constituído por um conjunto de normas hierarquicamente organizadas, cujo ápice se localiza na norma hipotética fundamental – pressuposta. Nesses termos, é, portanto, “[...] o fundamento de validade último que constitui a unidade dessa interconexão criadora” (KELSEN, 1998, p. 247). Organizada a dita estrutura, os atos pertencentes aos escalões inferiores estão submetidos àqueles que tomam lugar em nível que lhes é superior, porquanto estes lhe conferem fundamento de validade. Como consequência, todos os atos infraconstitucionais, incluídas as decisões judiciais, devem ser produzidos em conformidade com as normas constitucionais, que ocupam o mais elevado nível na escala hierárquica normativa e que, portanto, constituem o fundamento de validade para todos os demais atos normativos inferiores (KELSEN, 1998).

40) acerca de interessante relato sobre a existência da mais antiga declaração de inconstitucionalidade, anterior ao caso *Marbury v. Madison*.

³⁴ É importante acentuar que a tese já havia sido deduzida analiticamente no plano teórico por Alexander Hamilton, no *Federalista* n. 78. Transcrevemos uma passagem do artigo: “O direito dos tribunais para declarar nulos os atos da legislatura, com fundamento em que são contrários à Constituição, tem suscitado certas dúvidas como resultado da idéia errônea de que a doutrina que o sustém implicaria na superioridade do poder judicial frente ao poder legislativo [...]. Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo ao qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido [...]. Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1959, p. 312-317).

É exatamente nesta inexorável subordinação – de todos os atos emanados do Poder Público ao texto constitucional – que consiste a supremacia da Carta Constitucional, a qual pressupõe, inafastavelmente, um escalonamento das normas (KELSEN, 1998).³⁵

Nas lições de Angel Rafael Mariño Castellanos (2000), é da supremacia e da hierarquia da Constituição que derivam os limites ao exercício do poder, a hierarquização dos direitos humanos e a coerência do sistema jurídico. Sustenta o autor que, para a existência de toda a sociedade democrática, deve compreender-se a Constituição como norma jurídica superior.

O autor faz crítica contundente aos juristas que não reconhecem a autoridade jurídica e normativa da Constituição, quando a tratam como um documento político, conjunto programático de aplicação indireta e, necessariamente, intermediada por leis complementares posteriores, o que conduz fatalmente a não valorar de forma adequada a Constituição, ao não exigir sua aplicação, desprovendo-a de toda a sua riqueza normativa e força jurídica superior (CASTELLANOS, 2000).³⁶

Formula interessante observação, ao afirmar que muitos processos judiciais teriam diferentes resultados ao afastar a tese da Constituição programática. Define Constituição – conceito que adotaremos – como o documento normativo mais importante, de força jurídica suprema e de caráter vinculante para todos, lei fundamental do ordenamento jurídico que institui as bases políticas, econômicas, sociais e jurídicas de toda a sociedade e que se constitui como a fonte primária e legitimadora de toda criação e aplicação jurídica. Então a essência da Constituição radica em que é um regulador volitivo da sociedade e da organização política de um país em um momento histórico (CASTELLANOS, 2000).

Por fim, é necessário colocar que a supremacia constitucional pode ser entendida

³⁵ Nesse sentido, Kelsen (1998, p. 247) dispõe: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta”.

³⁶ Cf. Luiz Roberto Barroso (2006, p.113-118).

sob duas vertentes, a saber, *supremacia material* e *supremacia formal*. A supremacia material refere-se ao conteúdo albergado no corpo do texto constitucional, sendo certo que as normas constitucionais disciplinam as regras essenciais de estruturação do Estado, limitação do poder, direitos e garantias fundamentais. Doutra parte, a superioridade formal relaciona-se com o procedimento legislativo. Trata-se da Constituição de corpo normativo derivado de processo peculiar, em exercício especial da atividade legiferante. Em outros termos, basta a norma compor o texto da Constituição para ter *status superior*.

Nesse sentido, leciona Canotilho (2000, p. 890):

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte de produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superioridade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de *superlegalidade formal* (a constituição como norma primária de produção jurídica) justifica a tendencial *rigidez* das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, <<agravadas>> e <<reforçadas>> relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação dessas duas dimensões - superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição- deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violarem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariarem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.³⁷

Nesse sentido, o estudo do controle de constitucionalidade dos atos normativos se relaciona com a supremacia constitucional sob o aspecto formal, na medida em que basta a norma ser formalmente constitucional para servir de parâmetro.³⁸

Cumpra observar, por fim, que, em estrita conjugação com a supremacia, caminha a rigidez constitucional. Tal atributo reafirma a garantia da superioridade da norma constitucional em relação às demais espécies normativas. Nesse modelo de Constituição, o processo legislativo capaz de promover alteração nos dispositivos

³⁷ Cf. Kelsen (1998, p. 247-248) e Bachof (1994, p. 48-49).

³⁸ Nota-se que, quando a ofensa de lei ou ato normativo ocorre em relação a um dispositivo materialmente constitucional, fala-se que a inconstitucionalidade é material; quando se trata de dispositivo formalmente constitucional, fala-se que a inconstitucionalidade é formal.

constitucionais deve observância a requisitos formais mais solenes e dificultosos que os adotados na atividade legiferante ordinária.³⁹

³⁹ Em sentido contrário, Mauro Cappelletti (1999) adverte que a rigidez não é fator determinante do controle judicial de constitucionalidade, pois, nos países da Europa oriental (com exceção da antiga Iugoslávia) as constituições são rígidas mas não admitem o controle judicial de constitucionalidade das leis.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A idéia primeira de jurisdição constitucional perpassa, necessariamente, os mecanismos de defesa da Constituição que têm, no controle judicial de constitucionalidade das leis, a mais difundida e eficiente construção.

2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DEFINIÇÃO E MODELOS

O conceito de jurisdição constitucional não é o mesmo para todos os tempos e todos os sistemas, mas é possível traçar uma definição para os fins propostos neste trabalho, por meio de uma análise de alguns modelos.

2.1.1 Definição

Como visto, a força normativa da Constituição e a sua supremacia a todos vincula e submete, não só as autoridades do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, mas também as pessoas e entidades privadas.⁴⁰ A força normativa das regras e princípios constitucionais vincula, inclusive, os que exercem o controle de constitucionalidade, obrigando-os a uma tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do Direito constitucional. Assim acentua Canotilho (2000, p. 891), quando define jurisdição constitucional como “[...] complexo de actividades jurídicas desenvolvido por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinados à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”.

⁴⁰ E estas cometem inconstitucionalidades, não editando leis e atos normativos incompatíveis com os preceitos da Constituição, mas por atos comissivos individuais ou por omissões que lhe contrariem.

Antes dele, Hans Kelsen (2003, p. 123) já definiu jurisdição constitucional como a garantia jurisdicional da Constituição, “[...] um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”. Trata-se das garantias gerais que a técnica jurídica desenvolveu quanto à regularidade dos atos estatais em geral (KELSEN, 2003). Elas podem ser preventivas e repressivas. As primeiras tendem a evitar a produção de atos irregulares enquanto as repressivas têm o condão de anular o ato viciado.

Entre as medidas que têm por objeto assegurar a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia a Constituição (KELSEN, 2003). As leis cuja inconstitucionalidade é alegada constituem o objeto principal da jurisdição constitucional.⁴¹ De acordo com Palu (2001), a jurisdição constitucional exerce, primordial e institucionalizadamente, a fiscalização da constitucionalidade.

Sustenta Hans Kelsen (2003, p. 179) que “Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”. E continua destacando que

[...] uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória (KELSEN, 2003, p. 179).

Qualquer que seja o modo de apresentação do fenômeno de violação à Constituição, ele estará sujeito ao controle pelo Poder Judiciário. A sua atuação, em qualquer de suas manifestações, representa a assim chamada jurisdição constitucional, não obstante seja o controle jurisdicional da constitucionalidade ⁴² sua

⁴¹ “Por leis, cumpre entender os atos assim denominados dos órgãos legislativos, isto é, nas democracias modernas, dos parlamentos centrais ou, tratando-se de um Estado federativo, locais” (KELSEN, 2003, p.155).

⁴² A idéia de controle é freqüentemente ligada a um pensamento negativo: o juiz controla a constitucionalidade dos atos normativos desaplicando as normas eventualmente não estão em conformidade com a Constituição, o Tribunal Constitucional controla a legitimidade constitucional, anulando os atos legislativos contrários à Lei Fundamental. Nesse sentido, destaca Canotilho (2000, p. 891) que “[...] se não se pode contestar que o princípio da judicial review reconhece apenas aos tribunais o poder de contatar a nulidade de uma norma legal contrária à constituição e desaplicá-la no caso concreto, e que o controle concentrado abstrato é fundamentalmente uma << legislação negativa>> eliminadora das normas não compatíveis com a constituição, nem por isso se pode deixar

manifestação mais importante (CAPPELLETTI, 1999).⁴³

2.1.2 Modelos

Existem diversos critérios que podemos adotar para obter uma visão global dos diferentes modelos de justiça constitucional. Sob o aspecto organizatório, Canotilho (2000) distingue dois grandes tipos: a) modelo unitário; e b) modelo de separação. De acordo com o modelo unitário, a Justiça constitucional não tem autonomia organizativo-institucional, considerando que todos os tribunais e juízes têm o dever de aferir a conformidade constitucional do ato normativo aplicável ao caso concreto. Nesse contexto, a jurisdição constitucional não se distingue substancialmente das outras formas de jurisdição. Não é necessária a existência de um órgão especificamente competente para apreciar as questões da constitucionalidade. Esse modelo está associado ao controle judicial difuso, presente nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, Índia, Japão, Suíça, Estados Escandinavos, etc.

Por sua vez, no modelo de separação, a Justiça constitucional é confiada a um tribunal especificamente competente para apreciar as questões constitucionais. Este é institucionalmente separado dos outros tribunais. Trata-se do atual modelo adotado na Alemanha, Áustria, Itália, Portugal, Espanha, Bélgica, na maior parte dos países ex-socialistas e em um número elevado de Estados sul-americanos, como o Brasil,⁴⁴ Chile, Guatemala (CANOTILHO, 2000). Tal modelo também é chamado de controle concentrado.

São ainda comumente conhecidas as classificações sob o aspecto da forma ou modo de controle, se principal ou incidental. O controle principal é exercido fora de

de reconhecer constituir a tarefa do controlo também uma tarefa de concretização e desenvolvimento do direito constitucional [...]”.

⁴³ Assevera Cappelletti (1999, p. 26): “O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, nesse encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz”.

⁴⁴ No Brasil, apesar de existir o controle concentrado exercido pelo STF, o controle de constitucionalidade difuso vem desde a primeira Constituição republicana e subsiste até hoje, do juiz estadual recém-concurado até o presidente do Supremo Tribunal Federal.

um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por único objeto a discussão da validade da lei em si. Não se trata de mecanismo que visa a proteger direitos subjetivos, mas da preservação e harmonia do sistema jurídico. Já no controle incidental, também chamado de *incidenter tantum*, a fiscalização constitucional é desempenhada por magistrados singulares ou tribunais na apreciação de casos concretos submetidos à sua jurisdição. É o controle utilizado quando o pronunciamento sobre a constitucionalidade ou não de uma norma “[...] faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente a questão constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio”, aponta Luiz Roberto Barroso (2004, p. 48-49).

Assim, abordaremos, sinteticamente, as principais características dos sistemas norte-americano, austríaco e alemão.

2.1.2.1 Estados Unidos da América

A organização judiciária nos Estados Unidos comporta as jurisdições federais e as estaduais. Acerca da jurisdição dos Estados, não é possível fazer qualquer tipo de generalização, pois a organização judiciária é muito própria de cada um. Mas é possível dizer que, normalmente, a hierarquia comporta três graus: uma primeira instância, um tribunal de recurso e o Supremo Tribunal.

As jurisdições federais são consultadas nos casos em que a Constituição ou uma Lei do Congresso prevejam as suas competências. Possuem, basicamente, dois parâmetros: questões relacionadas com a Constituição Federal ou com uma lei federal; e questões nas quais são interessados os Estados Unidos, ou um diplomata estrangeiro, ou litígios entre cidadão pertencentes a dois Estados diferentes da União, observado, ainda, o valor da causa (DAVID, 1998).

A grande maioria das questões é dirigida às jurisdições dos Estados, sendo possível

a Suprema Corte conhecer as questões nas quais estão em jogo os preceitos constitucionais ou as leis federais. Pelo contrário, quando se tratar de questões que são de exclusiva competência dos Estados, a decisão da jurisdição estadual é definitiva e não pode ser objeto de nenhum recurso (DAVID, 1998).⁴⁵

Entre as leis federais, a de maior destaque é a Lei Fundamental, isto é, a Constituição dos Estados Unidos. Promulgada em 1787, ela é muito mais que uma carta política, mas o próprio ato de fundação do seu país.

A sua característica mais marcante consiste em seu mecanismo de efetivação jurisdicional (*judicial review*), permitindo-se ao Poder Judiciário e, em especial, à Suprema Corte, mediante casos concretos que lhe são postos a julgamento, interpretar a Constituição, para com ela adequar e compatibilizar as leis e os atos normativos.⁴⁶ O texto constitucional de 1787 não consagrava, de modo expresso, nenhum dispositivo que pudesse ser invocado na hipótese de sua violação. Mas depois que o histórico julgamento de Marshall se incorporou em definitivo à experiência constitucional americana, o *judicial review* ou *judicial control* alcançou posto de destaque em todo o mundo.⁴⁷

Anotamos ademais que, ao lado da regra do controle difuso, existem, nos Estados Unidos, outros meios de defesa da Magna Carta.

Cabe destacar a regra do *stare decisis* existente no direito estadunidense, que foi

⁴⁵ Dispõe David (1998, p. 386): “Cerca de 95% das questões são julgadas exclusivamente pelas jurisdições dos Estados. Mas essa indicação de ordem estatística exige um retificação de ordem qualitativa: as questões que estão no primeiro plano da atualidade política – as que interessam às liberdades públicas (civil rights), à integração racial, à aplicação das leis anti-trust, aos direitos de defesa e, de um modo geral, a conformidade das leis à Constituição federal – são, regra geral, julgadas pela jurisdições federais e dependem da competência, em qualquer hipótese, em última instância, do Supremo Tribunal dos Estados Unidos. É conhecido o papel primordial, sujeito a diferentes interpretações, que este tribunal desempenhou na história e que ainda desempenha nos nossos dias”.

⁴⁶ Nas palavras de Cappelletti (1999, p. 47), a “Constituição Federal norte-americana de 1789, dispunha, ao invés, expressamente, no art. VI, clausula 2ª, que: ‘this Constitution [...] shall be the Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby [...]’. Este texto na interpretação que dele se impôs especialmente por mérito de John Marshall, foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: ele fixou, por outro lado, aquilo que foi chamado, precisamente, de a supremacia da Constituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma”.

⁴⁷ Sobre os casos americanos e a história da Suprema Corte, é interessante conferir Poletti (2001, p. 23-50).

importada da Inglaterra – que desde o século XIX aplica a regra de precedente, que impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de Direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes (DAVID, 1998). Nos Estados Unidos, por sua estrutura federalizada, não funciona nas mesmas condições e com o mesmo rigor da regra inglesa. Aspira-se a que o Direito garanta a segurança das relações jurídicas e, nesse aspecto, parece desejável uma rigorosa regra do precedente. Porém, também é necessário evitar que se estabeleçam, entre o Direito aplicado em diversos Estados, diferenças irredutíveis; por isso é conveniente, em certa medida, o enfraquecimento da regra. René David (1998, p. 391) assevera: “Em presença destas exigências contraditórias, concebe-se que os juristas americanos tenham evitado uma tomada de posição muito precisa. Conforme os casos, porão em destaque o rigor ou a flexibilidade necessários do direito jurisprudencial”.

A regra do *stare decisis* comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diversos Estados não estão vinculados às suas próprias decisões e podem afastar-se da sua jurisprudência (DAVID, 1998). Esse autor afirma que a possibilidade que teve o Supremo Tribunal dos Estados Unidos de efetuar mudanças de jurisprudência revelou-se fundamental, pois permitiu a Suprema Corte “[...] adaptar a sua interpretação da Constituição dos Estados Unidos às correntes de pensamento e às necessidades econômicas do mundo moderno” (p. 392). Assegurou, por conseqüência, “[...] a estabilidade das instituições políticas americanas, permitindo aos Estados Unidos viver sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade” (DAVID, 1998, p. 392).

A Suprema Corte americana pode desarmar, conclui David (1998, p. 392),

[...] a hostilidade que tinham provocado, antes de 1936, o seu conservadorismo exagerado e a sua estreita ligação aos princípios de um liberalismo superado; surge atualmente, de um modo que seria surpreendente há cinquenta anos, como um elemento de progresso da nação.

A Suprema Corte Americana é tão relevante nesse sistema que o direito aplicável é quase, inteiramente, constituído por suas decisões ou, para utilizar as palavras do juiz Hughes, “[...] a Constituição é o que o juiz diz que ela é” (apud MORAES, 2003,

p. 86).

Uma das grandes críticas ao modelo difuso, sua maior deficiência na visão de Hans Kelsen (2003), é se limitar a resolução de casos concretos, não combatendo a inconstitucionalidade de forma abstrata, proporcionando uma proliferação de demandas individuais e insegurança jurídica.

2.1.2.2 Áustria

A Áustria, apenas no início do Século XX, conheceu a idéia de controle judicial de constitucionalidade, pois, até então, como os demais países europeus, consagrava-se a absoluta supremacia do Parlamento, o que, por conseguinte, impedia o exercício do controle de normas.⁴⁸ Contudo, a evolução política e jurídica, como acentua Mauro Cappelletti (1999, p. 83), tornou-se necessária “[...] naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis [...]”.

Com efeito, em 1-10-1920, a Constituição Austríaca consagrou, como forma de sua garantia, a criação de uma Corte Constitucional. Outorgou-se ao Tribunal Constitucional a competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis, assumindo posição de destaque em face dos outros tribunais e autoridades administrativas. A estes, segundo a Constituição austríaca e a maioria das outras Constituições, está vedada a fiscalização de constitucionalidade das leis, ainda que decerto não totalmente (KELSEN, 2003).⁴⁹

⁴⁸ Observa-se que, antes de entrar em vigor a Constituição de 1920, republicana e federativa, os tribunais austríacos só podiam controlar a constitucionalidade das leis no tocante à sua adequada publicação. Vale dizer, tendo em vista a sua existência, mas jamais a sua validade (KELSEN, 2003).

⁴⁹ É certo que deve existir uma possibilidade mínima de controle, pois, como pontua Kelsen (2003), as autoridades estão obrigadas a aplicar as leis e para isso devem verificar se estão de fato diante de uma lei, ou seja, se aquilo que se tem como lei possui certos requisitos mínimos. E anota que “Assim via de regra, são subtraídos ao controle dos órgãos aplicadores do direito apenas requisitos de constitucionalidade bastante específicos, ou seja, os primeiros e mais importantes estágios de formação da lei. A esse âmbito pertence particularmente a questão sobre se a lei efetivamente

Previu a Constituição austríaca, para as leis constitucionais, além de um *quorum* elevado e uma maioria de dois terços, a expressa denominação de “lei constitucional”. Como leis constitucionais se referem ao próprio ato legislativo, Kelsen (2003) explica que Constituição, no sentido material, significa normas sobre a produção legislativa. Nessa visão, a inconstitucionalidade interessa principalmente ao ato jurídico de legislar: a norma constitucional é aplicada ao processo no qual surgem as leis.

Num Estado federativo, no qual existem duas instâncias nas quais são divididas as competências legislativas, a Constituição assume também a função de repartição e, portanto, a questão da constitucionalidade refere-se ainda ao conteúdo das leis, explica Kelsen (2003, p. 18-19) ao afirmar que

[...] é a lei que deve ter sua constitucionalidade verificada, e a jurisdição constitucional é sobretudo *controle de constitucionalidade das leis*. Leis constitucionais em sentido formal, contudo, normatizam não apenas o processo legislativo, mas também de modo direto outros objetos particularmente importantes para os quais parece ser desejável uma regulação firme, insuscetível de fácil modificação.

São legitimados a iniciar o processo de constitucionalidade o Governo do *Land* [Estado] e o Governo Federal. Ao Governo Federal cabe a iniciativa da provocação de inconstitucionalidade das leis dos *Länder* [Estados] e, da mesma forma, aos Governos dos *Länder*, a denúncia das leis do Governo Federal. O pedido pode ser apresentado a qualquer tempo e independe de prazo. A Corte Constitucional pode de ofício examinar a constitucionalidade da lei, dispensando a provocação de outro órgão, desde que ela seja pressuposto para a decisão de um litígio sujeito à sua apreciação (KELSEN, 2003).

proveio do órgão legislativo, foi devidamente aprovada, e atendeu às condições especialíssimas pertinentes à lei constitucional formal” (KELSEN, 2003, p. 20-21). No mesmo sentido, Lúcio Bittencourt (1968, p. 39), citando Ludwig Adamovich, dispõe: “Devido ao exame direto que lhes cabe em virtude do art. 104 da Constituição, os tribunais podem e, no caso de dúvida, devem examinar se uma lei foi publicada na forma constitucionalmente prescrita, se portanto ela foi inserta na fôlha oficial constitucionalmente destinada à publicação das leis, se a publicação ocorreu com as assinaturas constitucionalmente exigidas para a promulgação das leis, inclusive no que toca à referenda, e, também, tratando-se de leis federais, se foi feita, de maneira constitucionalmente exata, referência à resolução do Congresso ou, eventualmente, ao resultado de plebiscito efetuado. Além disso, os tribunais podem, também, no exame da publicação da lei, indagar se o texto publicado na fôlha oficial coincide literalmente com a resolução legislativa”.

A decisão de inconstitucionalidade importava a anulação da lei inconstitucional, total ou parcialmente, obrigando o Chanceler Federal ou o Presidente do *Länder*, conforme o caso, a publicar imediatamente a decisão anulatória, que começa a produzir efeitos a partir da publicação ou, em situações singulares, dentro de um prazo prefixado pelo Tribunal (KELSEN, 2003).

Em 1929, a Constituição austríaca recebeu nova revisão, incluindo a previsão de reprivatização de textos legais revogados por lei cuja inconstitucionalidade viesse a ser proclamada (HORTA, 2003).

Acirrou-se, a partir de 1930, a crise institucional do Estado, o que ocasionou a dissolução do tribunal existente, para dar lugar à convocação de novos membros, desconsiderando a vitaliciedade dos seus titulares. Ato de inequívoco alcance político. A Constituição de 1934, ademais, prescrevendo concepções antagônicas às do texto de 1920, eliminou a benéfica atuação do Tribunal Constitucional, o que não lhe diminuiu a posição de destaque entre os órgãos de jurisdição constitucional (HORTA, 2003).

Cabe lembrar, nesse período, a acirrada controvérsia travada entre o austríaco (tcheco) Hans Kelsen e o alemão Carl Schmitt, sobre qual órgão deveria realizar o controle de constitucionalidade das leis. Para aquele, deveria haver um controle jurisdicional e para este o controle deveria ficar a cargo do Presidente do *Reich* [União].⁵⁰

É importante lembrar que a Constituição austríaca contempla, também, um recurso (*Beshwerde*) contra a violação de direitos constitucionalmente assegurados, por ato da Administração e contra a aplicação de um regulamento ilegal, ou de uma lei ou tratado inconstitucional, exigindo-se, nesse caso, o esgotamento das instâncias

⁵⁰ A análise dos argumentos favoráveis e contrários ao controle jurisdicional das normas constitucionais e o afastamento das idéias de Carl Schmitt foram expostos por Kelsen no artigo *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?) (KELSEN, 2003). Por sua vez, os argumentos de Carl Schmitt podem ser verificados em *O guardião da Constituição*, que foi publicado, inicialmente, em 1929, sob o título *Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung*. Em 1931, Carl Schmitt publicou versão ampliada daquelas reflexões, denominadas *Der Hüter der Verfassung*. Na referida obra, Schmitt questionava o papel do Judiciário como guardião da Constituição. Schmitt negava ao Judiciário o referido título. Segundo sua concepção, somente o Presidente do Reich teria legitimidade para desempenhar semelhante função (SCHMITT, 2007).

ordinárias (MARTINS; MENDES, 2005).

Podemos apontar, como principal falha do modelo, o fato de a legitimidade ativa ser política, na medida em que exclui o cidadão comum da impugnação da inconstitucionalidade, que “[...] fica excluído do controle e diretamente desprotegido em caso de inconstitucionalidade” (JEVEAUX, 2008, p. 143).

2.1.2.3 Alemanha

A Constituição da Alemanha, de 11 de agosto de 1919, previa a criação de uma *Corte de Justiça do Estado* para dirimir os litígios constitucionais. A indeterminação do conceito de litígios constitucionais trouxe uma dificuldade inicial ao texto de Weimar. Carl Schmitt entendia que a primeira exigência da *justiça constitucional* residia na fixação conceitual da expressão, sem o que o Tribunal se tornaria o único a fixar a amplitude de sua própria competência (HORTA, 2003).

Os intérpretes da Constituição do *Reich* entenderam a possibilidade de uma forma restrita de *judicial review* sob os litígios constitucionais que se atinham aos conflitos entre o *Reich* e os *Länder*, ou aos conflitos dos *Länder* entre si. O Tribunal Supremo de Justiça, a despeito de a Constituição de Weimar não dispor sobre controle de constitucionalidade das leis imperiais, admitiu que o exercício do controle não estava vedado e, em 4 de novembro de 1925, proferiu emblemático julgamento que reconheceu ao Judiciário o direito de exercer o controle de constitucionalidade das leis do *Reich*. O Governo do *Reich*, para frustrar a iniciativa, enviou ao *Reichstag* projeto de lei reservando ao Tribunal Constitucional a competência exclusiva para o exame da constitucionalidade das leis (HORTA, 2003).

No 33º e 34º Congressos de Juristas alemães, foi proposta a necessidade de ser ampliada a competência da *Corte de Justiça do Estado* a todas as questões constitucionais, mas o projeto não logrou aprovação e a Corte, em 13 de julho de 1929, resolveu esclarecer as dúvidas, declarando-se incompetente para o exame da

constitucionalidade das leis do *Reich*. A competência da Corte limitou-se a declarar a inconstitucionalidade das leis dos *Länder* (HORTA, 2003).

Otto Bachof (1994, p. 74) dispõe sobre essa evolução:

[...] a competência judicial de controlo não foi criada pelo legislador da Lei Fundamental, mas por ele encontrada como um instituto jurídico já conhecido da ordem jurídica alemã, reconhecido pela grande maioria da doutrina e aplicado de maneira constante pelos tribunais, sobretudo desde a decisão fundamental do Supremo Tribunal do Reich, de 4-11-1925: em consequência disso, nos debates do Conselho Parlamentar sobre o complexo de questões mais tarde reguladas no art. 93, nº I, alínea 2, e no art.100, <<a competência judicial de controlo>>, foi o ponto de partida das discussões. O Conselho Parlamentar quis centralizar e monopolizar nos tribunais constitucionais *esta competência inicial do controlo* – mais exatamente – não toda a competência de controlo, mas apenas a competência para a negação definitiva da validade da norma sob controlo.

O Tribunal do Estado passou a consagrar a revisão jurisdicional das leis federais, uma vez que se admitia a análise judicial da compatibilidade do Direito estadual com o Direito federal, o exame da constitucionalidade do Direito pré-constitucional, bem como a análise da legitimidade dos regulamentos. Na contramão da História, o período nazista afastou qualquer possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos (MORAES, 2003).

A Lei Fundamental, para a República Federal da Alemanha, faz parte das Constituições daqueles Estados nos quais, desde o término da Segunda Guerra Mundial, o regime autoritário encontrou seu fim e cedeu lugar à democracia liberal. Na Alemanha, nas palavras de Konrad Hesse (1998), essas mudanças ocorreram sob circunstâncias históricas especiais: as potências vitoriosas da Segunda Guerra assumiram o poder de governo superior e dividiram o Império alemão em zonas de ocupação, nas quais cada potência ocupante orientava sua política concernente à Alemanha pelo sistema próprio, de forma que as questões da nova ordem caíram no antagonismo profundo entre ambos os grandes blocos de poder ocidentais e orientais do período pós-guerra e tornaram-se não só um problema alemão, mas um problema de política mundial.

Só paulatinamente poderiam ser recuperados elementos da estatalidade alemã das mãos das potências vitoriosas, até, finalmente, no ano de 1949, serem reformadas como ordens estatais contrapostas uma a outra diametralmente, a República Federal

Alemã e a República Democrática Alemã. Assim, a Lei Fundamental, para a República Federal Alemã, inicialmente, foi considerada como uma ordem provisória que, com o tempo, foi se mostrando uma ordem duradoura (HESSE, 1998). Hesse (1998, p. 7-8) afirma que, durante o tempo “[...] de sua validade, suas formas dos princípios da democracia liberal, do estado de direito social e do estado federal, em especial, todavia, dos direitos fundamentais, em ampliação e consolidação, ganharam configuração concreta e lançaram raízes”.

E continua afirmando que a “[...] eficácia prática da Lei Fundamental possibilitou um desenvolvimento proveitoso, depois dos golpes em falso do passado recente, prometedores, e, além disso, ganhou significado decisivo para a fundação espiritual da coletividade por ela constituída” (1998, p. 8). Após a reunificação, em 3 de outubro de 1990, a Lei Fundamental converteu-se em Constituição para toda a Alemanha.⁵¹

Acerca da jurisdição constitucional, Konrad Hesse (1998) coloca que a organização da jurisdição, na ordem constitucional, é caracterizada com as atribuições de funções amplas de proteção jurídica e controle aos tribunais. Aponta que a garantia da via judicial assegura um controle judicial amplo do Poder Executivo e ultrapassa muito o quadro tradicional da jurisdição constitucional, alargado para um controle de todos os poderes estatais pelo Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que é sobretudo a jurisdição constitucional pela qual o Poder Judiciário atualmente está intercalado no equilíbrio dos poderes.

Afirma o autor que a jurisdição constitucional contribui para a “[...] conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia” (HESSE, 1998, p.

⁵¹ Sobre as bases jurídicas da unificação alemã, Konrad Hesse (1998, p. 83) aponta que “À questão da aplicabilidade dessa determinação à República Democrática Alemã (DDR) foi, com razão, respondida afirmativamente. O artigo 23, frase 2, da Lei Fundamental, estava em conexão íntima com o mandamento legal-fundamental de uma reunificação; ele expressou que a República Federal da Alemanha entendia-se como incompleta territorialmente e estava aberta para o crescimento aspirado das 'outras partes da Alemanha'. O caminho, que se oferecia simultaneamente, do artigo 146 da Lei Fundamental, antiga redação, o qual determinava que a Lei Fundamental, com a entrada em vigor de uma Constituição adotada pelo povo alemão em livre decisão, perderia a sua validade, foi, sem dúvida, no nascimento da Lei Fundamental, considerado como um caminho dado para a unificação alemã; ele teria entretanto, conduzido a um atraso não insignificante, se não ao fracasso do trabalho de unificação e, por conseguinte, não foi seguido”.

419).

O escopo da jurisdição constitucional é a conservação da Constituição, o controle dos poderes estatais e a tarefa da concretização e aperfeiçoamento do Direito Constitucional. Para a sua concretização, a jurisdição constitucional deve desenvolver efeitos racionalizadores e estabilizadores, o que somente é possível, “[...] se a jurisprudência do Tribunal Constitucional segue princípios de interpretações firmes e visíveis e evita, no possível, o recurso a princípios de direito gerais e indeterminados” (HESSE, 1998, p. 420), de forma que a tarefa é caracterizada por particularidades que fundamentam a problemática específica da jurisdição constitucional. Acerca disso dispõe Hesse (1998, p. 420-421):

Essas particularidades resultam das relações próximas da jurisdição constitucional com as funções da direção e configuração política. A jurisdição constitucional tem de decidir questões mais numerosas com toque político e de alcance político do que outras jurisdições. Suas próprias decisões podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalizações detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição.

Por derradeiro, cumpre destacar que essas decisões estão sujeitas a condições completamente diferentes de outras decisões judiciais, mas isso não desnatura a função jurisdicional. “Suas decisões não são decisões políticas disfarçadas que estão em contradição com a essência da jurisdição verdadeira [...]”, conclui Hesse (1998, p. 421).

2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Só é possível a concretização da Jurisdição Constitucional devido a uma das mais eminentes criações do Direito constitucional e da ciência política do mundo moderno, o controle judicial de constitucionalidade das leis.

A adoção de diferentes formas de resguardar a supremacia da Lei Fundamental, nos diversos sistemas constitucionais, revela a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos.

Destaca-se a predominância do controle judicial de constitucionalidade das leis e, principalmente, do modelo concentrado, para preservar a superioridade do texto constitucional. Trata-se de uma nova divisão de poderes, na qual o papel da Corte Constitucional ganha um enorme destaque, com seu nítido poder normativo e decisões com atributo de definitividade (MARTINS; MENDES, 2005).

Devemos ressaltar a inquestionável transformação que sofreu o sistema judicial de proteção da Constituição brasileira com o advento da Magna Carta de 1988, o que sinalizou uma mudança radical em todo o sistema, no qual o papel do Supremo Tribunal Federal ganha importantíssimo destaque.

2.2.1 Constituição Política do Império do Brasil de 1824

Iniciamos o relato pela Carta de 1824, pois, pelo que se tem notícia, o Brasil colonial não conheceu o problema da inconstitucionalidade. Após a declaração de independência, a nossa primeira Assembléia Constituinte formulou o projeto de Constituição em 1823, que previa a inserção de um controle de constitucionalidade em seus arts. 266, 267 e 268,⁵² considerando, nos moldes do modelo proposto por Marshall, sem nenhum vigor a lei contrária à Constituição. No entanto, o projeto não prosperou, pois Dom Pedro dissolveu, em 12 de novembro do mesmo ano, a primeira Assembléia Constituinte do novel Estado Brasileiro.

Em março de 1824, foi outorgada, por Dom Pedro, a primeira Constituição Política,

⁵² “Art. 266. Todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor. Art. 267. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos individuais. Art. 268 Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelos legislativos ordinários, concordando dois terços de cada uma das Salas” (Acesso em 7 jan. 2008). Cf. Ferrari (2004, p. 91).

também conhecida como Constituição Imperial, dando ensejo a um Estado centralizado e conservador. Inspirou-se nos moldes do constitucionalismo inglês, em que apenas seriam consideradas materialmente constitucionais as questões referentes aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais, estabelecendo rigidez para modificação apenas para essas matérias.⁵³

Nota-se que, apesar de ter sido outorgada, a Constituição marcou o início da institucionalização da Monarquia Constitucional. Existia, porém, a figura do Poder Moderador, delegada privativamente ao Imperador, para resguardar a manutenção da independência, do equilíbrio e da harmonia dos poderes políticos, ao lado dos Poderes Legislativo, Judicial e Executivo.⁵⁴

A previsão do Poder Moderador sofreu influências teóricas de Benjamin Constant e Clermont-Tonnerre e foi alvo de críticas dos liberais, que a entendiam como forma de manter o absolutismo monárquico, em detrimento de um regime baseado na liberdade.⁵⁵

A Carta Imperial não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de jurisdição constitucional ou controle de constitucionalidade. Em decorrência da influência francesa, outorgou-se ao Poder Legislativo, mais notadamente à Assembléia Geral, composta pela Câmara e pelo Senado, a atribuição de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar pela guarda da Constituição.^{56 57}

⁵³ “Art. 178. 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” (Acesso em 7 jan. de 2008).

⁵⁴ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (Acesso em 7 jan. 2008).

⁵⁵ Nota-se: “Costuma-se a apontar Bejamim Constant como o criador da idéia do referido poder e, realmente, nas suas dissertações foram os elaboradores da Carta de 1824 buscar o sistema que incorporam àquela, utilizando-se, mesmo para definir Poder Moderador – ‘chave de toda organização política’ – das expressões usadas pelo referido publicista na sua *Politique Constitutionnelle*. Todavia, é êsse mesmo autor que esclarece haver colhido o germe da idéia nos escritos de Clermont Tonnerre” (BITTENCOURT, 1968, p. 28).

⁵⁶ “Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral: [...] VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las; IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação” (Acesso em 7 jan. 2008).

⁵⁷ Nesse contexto, o conteúdo da lei apenas poderia ser definido pelo próprio Poder legiferante,

Apesar de esse controle legislativo ter se mostrado, por um lado, inoperante, permitindo uma certa promiscuidade entre legislador ordinário e legislador constituinte, por outro, não excluiu da Carta Magna a característica de rigidez, pois eram diferenciados os procedimentos de elaboração das leis e emendas constitucionais (SLAIBI, 2006).

O Poder Judiciário, por sua vez, era formado pelo Supremo Tribunal de Justiça, com sede na Capital do Império, e pelo Tribunal de Relação, localizado também nas capitais das Províncias, segundo a previsão do art. 163 da Constituição Imperial.⁵⁸

Considerando a atuação do Poder Moderador e também pelo fato de a guarda da Constituição caber ao Poder Legislativo, o antigo Supremo Tribunal de Justiça não se firmou como poder político – não podendo, assim, ser confundido com a figura do atual Supremo Tribunal Federal. Além disso, o art. 158⁵⁹ previa que o julgamento das causas em segunda e última instância seria realizado pelos Tribunais das Relações, não concedendo ao Supremo a característica de instância, já que não poderia, por exemplo, conceder revista das decisões emanadas daqueles tribunais.

Então, na vigência da Carta de 1824, não se observou a existência de um tribunal que uniformizasse a jurisprudência, nem que efetuasse a defesa da Lei Maior.

alertou sabiamente Pimenta Bueno: “Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar de por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurista formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que esta opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório. Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições de lei, seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais do que isso, porque é predominar sobre ela” (apud MENDES, 2007, p. 189-190).

⁵⁸ “Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles, que se houverem de abolir” (Acesso em 7 jan. 2008).

⁵⁹ “Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos” (Acesso em 7 jan. 2008).

2.2.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Com o Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889, proclamou-se, como forma de governo, a República Federativa, além de se instituir o Governo Republicano provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca. O Congresso Constituinte perdurou de 15 de novembro de 1890 a 24 de fevereiro de 1891, quando foi promulgada a Constituição Republicana, cuja elaboração se deve principalmente a Rui Barbosa.

O regime republicano inaugurou uma nova concepção, mormente do controle de constitucionalidade das leis, que sofreu forte influência do Direito estadunidense,⁶⁰ o que foi decisivo na consolidação do modelo difuso inaugurado na Constituição Provisória de 1890.

O Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, ainda durante o Governo provisório, transformou o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal e previu o controle de constitucionalidade difuso (por via de exceção), o que foi mantido pelo Decreto de n.º 858/1890, responsável pela organização da Justiça Federal, e pela Constituição de 1891.

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu, em seu art. 3º, que a magistratura federal intervirá em espécie e por provocação da parte na guarda e na aplicação da Constituição e das leis nacionais (FERRARI, 2004).⁶¹ Estabelecia-se, destarte, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. Tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9º, parágrafo único, a e b, do referido decreto, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

⁶⁰ Loureiro Júnior (1957, p. 115) ressalta “Demasiado insistir na influência que as instituições do direito público norte-americano exerceram, de modo quase absolutamente predominante, na legislação brasileira. Rui Barbosa, que tanta responsabilidade teve na elaboração da carta política de 1891, assinalou, por várias vezes e em diferentes ocasiões, essa circunstância. Sente-se, nas suas palavras, sempre autorizadas, a convicção de que espelham com segurança e absoluta fidelidade, as doutrinas expostas pelos autores da América do Norte”.

⁶¹ “Art. 3º. Na guarda e aplicação da Constituição e das Leis Federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da Parte” (Acesso em 8 jan. 2008).

A Constituição de 24 de fevereiro 1891 incorporou essas disposições, prevendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças da Justiça dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse 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 considerasse válidos esses atos, ou essas leis (inteligência do art. 59, § 1º, a e b).⁶² Além disso, cabe indicar que, de acordo com o art. 60, alínea a,⁶³ competia aos juízes e Tribunais Federais processar e julgar as causas em que alguma das partes sustentasse em dispositivo constitucional a sua causa de pedir ou defesa (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).⁶⁴

A Lei de nº. 221, de 20 de novembro de 1894, focalizou, mais ainda, o sistema judicial de controle de constitucionalidade que acabara de nascer. Fixou, de forma explícita, a competência dos juízes e tribunais para julgarem a inconstitucionalidade de leis, de forma que poderiam deixar de aplicá-las aos casos concretos se os

⁶² “Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; 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” (Acesso em 8 jan. 2008).

⁶³ “Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal” (Acesso em 8 jan. 2008).

⁶⁴ Mesmo em face da clareza dos preceitos, naquele momento, causou perplexidade em virtude da inovação. No entanto, Rui Barbosa (2004, p. 52-53), com a sapiência que lhe era peculiar, explicou: “O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art.III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos. Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela. Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que: 'Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal' (art. 60, a): como, ainda, que: 'Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, §1ª,a). A redação é claríssima. Nela se reconhece não só a competência das justiças da União, como a 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 pelo 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 inconstitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a esse propósito”.

entendessem manifestamente inconstitucionais (JEVEAUX, 2008).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal constituiu-se efetivamente em um poder, tornando-se indispensável a existência de um órgão que possuísse jurisdição em todo o território nacional e que fosse responsável por assegurar o império e a uniformidade da lei federal, assumindo um papel importante de jurisdição extraordinária no novo regime republicano, composto por 15 juízes, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, dentre os cidadãos de notável saber e reputação.

Com o STF, surgiu o Recurso Extraordinário, de forte inspiração no Direito inglês e no Direito norte-americano, com o *writ of error*, cuja finalidade era corrigir erros de uma corte inferior por uma superior.⁶⁵

A reforma constitucional de 1926⁶⁶ realizou algumas pequenas mudanças, sem, entretanto, alterar substancialmente o sistema. Era o início do sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Diz-se difuso, pois era inequívoco o entendimento de que os juízes e tribunais de todo o País deveriam averiguar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).

A Emenda Constitucional de 1926 ainda atribuiu ao STF mais duas hipóteses para julgar o Recurso Extraordinário:

[...] quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a

⁶⁵ “O governo provisório expediu o Decreto 848 de 24.10.1890 organizando a Justiça federal, instituindo o STF e criando em recurso que viesse a se adequar às características da federação. (O texto do decreto foi uma tradução quase fiel às disposições legais norte-americanas). Parte da doutrina recebeu esse recurso, ainda inominado, como uma modificação do extinto recurso de revista. A opção do legislador em buscar no Judiciary Act de 1789 o modelo para a elaboração do texto legal não mereceu crítica por parte da doutrina na época. Pelo contrário, alguns doutrinadores entendiam que, se o *writ of error* era necessário no direito norte americano, muito mais necessária seria a implantação de recurso com as mesmas características no direito brasileiro. Isso porque nos EUA a competência legislativa acerca de direito privado e de direito processual ficaram sob a competência dos Estados-membros. No Brasil a competência para legislar sobre tais matérias ficam a cargo da União. Assim, considerando que no Brasil se aplicam mais leis federais que estaduais, há maior necessidade de uniformização do que se a competência legislativa da União fosse reduzida. Daí se verifica a origem da crise do STF” (MEDINA, 2002).

⁶⁶ A reforma constitucional nº. 51 teve como relator o deputado Herculano de Freitas, que explicava que a Emenda procurava evitar o acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal, definido que só caberá recurso de decisão de Tribunal de Estado para o STF quando se questionar sobre a vigência e a validade das leis federais, em face da Constituição (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).

mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador-geral da República; e quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.⁶⁷

Desse modo, foram conferidos poderes ao Pretório Excelso para uniformizar a interpretação das leis federais e da Constituição, mediante recurso, aumentando consideravelmente seu volume de trabalho.

No entanto, ainda não havia o controle de constitucionalidade concentrado, apenas o difuso, com inspiração no *Judicial Review* dos Estados Unidos. Dessa forma, qualquer juiz – seja da Justiça Federal, seja dos Estados – poderia efetuar o controle de constitucionalidade das leis. O Supremo somente poderia se pronunciar por meio de recurso, no julgamento de um caso em concreto. Ressaltamos que a cultura jurídica da época não estava afeta ao precedente vinculante – apesar de ser um instrumento comum nos EUA – e o STF teve de julgar inúmeras vezes questões idênticas.

2.2.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

As transformações ocorridas na primeira metade do Século XX, especialmente com a problemática de ampliar e manter o sistema capitalista, a despeito de suas crises, influenciaram todos os ramos do Direito. A Constituinte de 1934 sofreu o influxo de várias correntes ideológicas que predominavam, sobretudo, no continente europeu (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).

Nesse contexto, o papel do Estado foi realçado como dirigente dos rumos sociais e foi definitivo para a conformação do modelo constitucional adotado na Constituição de 1934. Oscilou-se da construção constitucional americana, imbuída dos princípios do liberalismo e das idéias individualistas dos fins do Século XVIII e princípios do XIX, para a linha transacionista da social democracia de *Weimar* (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).

⁶⁷ Acesso em 8 jan. 2008.

A Carta Magna de 1934 manteve o controle de constitucionalidade difuso, mas introduziu significativas alterações no sistema. Previu, em seu art. 179, um requisito a mais para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, qual seja, a cláusula de reserva de plenário.⁶⁸ Buscou-se com isso evitar a insegurança jurídica decorrente dos inconstantes entendimentos dos tribunais. “É mais um sinal da influência da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, onde se entende que somente a maioria dos votos dos juízes do tribunal pode trazer certeza a respeito da orientação da Corte”, ressalta Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 123).

Tal dispositivo tem sido prescrito desde então, e é tradição, em nosso sistema de constitucionalidade, a necessidade de manifestação da maioria dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Outra importantíssima mudança foi a atribuição ao Senado Federal, após a comunicação do procurador-geral da República, para conferir efeitos *erga omnes* à decisão emanada do STF em sede de Recurso Extraordinário, com a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarados inconstitucionais, de acordo com os arts. 91, IV, e 96 (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).⁶⁹

Procurou-se com isso dar solução a um dos problemas mais graves do controle de constitucionalidade (ocasionado pela ausência da regra do *stare decisis* existente no ordenamento jurídico norte-americano), que era a ausência de vinculação dos demais tribunais às decisões proferidas pela Corte Suprema.

Não param por aí as inovações. A Constituição de 1934 também dispôs acerca da representação interventiva, que, na visão de Gilmar Ferreira Mendes (2007), foi a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo texto. O art. 12, que previa a

⁶⁸ “Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (Acesso em 9 jan. 2008).

⁶⁹ “Art. 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...] Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato” (Acesso em 9 jan. 2008).

intervenção federal nos Estados, dispunha:

A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

A representação interventiva, confiada ao procurador-geral da República, nos casos de ofensa, por lei estadual, aos princípios constitucionais consagrados no art. 7º, I, a a h,⁷⁰ cuidava de forma peculiar de composição judicial de conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º),⁷¹ à declaração de sua constitucionalidade pelo STF (art.12, §2º).^{72 73}

Nesse caso, era condição de procedibilidade da intervenção a declaração da lei de intervenção federal como constitucional pelo Supremo. Em outras palavras, ao declarar a constitucionalidade da lei de intervenção, o STF poderia declarar a inconstitucionalidade de ato ou da lei estadual, como sucedâneo ao direito de veto, forma de controle jurídico.

Por sua vez, a Constituição de 1934, em seu art. 68, proibiu o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas: “[...] é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”. Todavia Nagib Slaibi Filho (2006) entendia que a decisão proferida em sede de representação interventiva possuía

⁷⁰ Observou-se, assim, o embrião do controle concentrado de constitucionalidade das leis, que somente restou consolidado com a EC n.º 16/65.

⁷¹ “Art. 41 - A iniciativa dos projetos de lei, guardado o disposto nos parágrafo deste artigo, cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, ao Plenário do Senado Federal e ao Presidente da República; nos casos em que o Senado colabora com a Câmara, também a qualquer dos seus membros ou Comissões. [...] § 3º - Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre a intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados” (Acesso em 9 jan. 2008).

⁷² “Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade” (Acesso em 9 jan. 2008).

⁷³ Nas palavras de Jevaux (2008, p. 132): “Tratava-se, nesse caso, de um controle a posteriori do ato interventivo, muito próximos das ações de jurisdição voluntária, porque a atuação do STF representava um ato de chancela do próprio ato interventivo, tomado no contexto de um ato complexo da relação interpoderes, ou seja, em consórcio do Judiciário com o Executivo para a plena eficácia da medida”.

caráter político, ainda que o processo fosse judicialiforme e a decisão resultasse do contraditório.

Quanto ao Poder Judiciário, algumas reformas foram feitas, especialmente com a criação da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, além de um Tribunal Especial – composto por juízes, senadores e deputados – para o julgamento dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos ministros da Suprema Corte, dos ministros de Estado, quando em conexão com os do Presidente.

Ademais, a composição do Supremo Tribunal Federal foi alterada. Passou a ser composto por 11 ministros – podendo chegar a 16 –, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35 nem mais de 65 anos de idade (art. 74).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2007), não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento de controle de constitucionalidade mediante ação direta.⁷⁴

⁷⁴ Cumpre informar que, em alguns países da Europa, foram criadas Cortes Constitucionais e idéias similares ecoaram na Constituinte de 1934. Foi apresentado projeto de instituição de uma Corte de Justiça pelo deputado Nilo Alvarenga, a quem caberia conhecer, originária e privativamente, as arguições de inconstitucionalidade, inspirada no modelo austríaco. “Na fundamentação da proposta, referia-se diretamente ao artigo de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento constitucional” (apud MENDES, 2007, p. 194-195). Ana Valdez Ayres Neves de Alencar explica que, “Nos Estados Unidos, onde a atribuição é conferida a Justiça Comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à justiça comum só cabe decidir as questões entre as partes, os efeitos das decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda a sua plenitude para a coletividade. Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial com funções de controle, anulando as leis, *erga omnes*. Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato do direito. É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas, na primeira fase da República, milhares de brasileiros, por abuso de poder e, de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública, resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a nação foi condenada. É preciso advertir com Gaston Jèze: ‘Para serem eficazes, os meios de defender as liberdades individuais devem ser rápidos, fáceis e baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui, desaparecendo mesmo, praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na colação de curiosidades constitucionais’” (apud. PALU, 2001, p. 125-126).

2.2.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937

A Constituição de 1934 não vigorou por muito tempo, considerando que, em 1937, por meio do Golpe do Estado Novo, Getúlio Vargas outorgou uma nova Carta à Nação brasileira, contrária, de modo total e absoluto, aos princípios tradicionais do nosso Direito público. Basta dizer que a independência e a autonomia dos poderes do Estado foram reduzidas com a hipertrofia indevida do Executivo (LOUREIRO JÚNIOR, 1957).

A Carta Política de 1937 traduziu também um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. A despeito de não haver introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c),⁷⁵ preservando, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade.⁷⁶

A Carta Fundamental rompeu com a tradição jurídica brasileira e estabeleceu que:

[...] no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou a defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la, novamente, ao exame do Parlamento.⁷⁷

Por conseguinte, se confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das casas do Parlamento, tornava-se insubsistente a decisão do tribunal. Instituíam-se, assim, uma singular revisão constitucional, capaz de validar a lei declarada inconstitucional e cassar o respectivo julgado (MENDES, 2007).

Nessa perspectiva, o Presidente da República passa a ser “[...] instância de recurso

⁷⁵ “Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: [...] b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado” (Acesso em 10 jan. 2008).

⁷⁶ “Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República” (Acesso em 10 jan. 2008).

⁷⁷ Parágrafo único do art. 96 (Acesso em 10 jan. 2008).

em matéria de Constituição”, dispõe Anhaia Mello (apud, FERRARI, 2004, p. 96). Dessa forma, a partir de sua manifestação, a lei, ainda que possuísse o vício da inconstitucionalidade, poderia ser ratificada pelo Legislativo. Destarte, ignorada a decisão da Suprema Corte do País, proporcionaria, em termos efetivos, uma verdadeira reforma constitucional, pois, como o sistema normativo é um todo harmonioso, não se pode conceber que, em seu bojo, possam existir duas normas de hierarquia diversas conflitantes.⁷⁸ Acentua Loureiro Júnior (1957, p. 126) o perigo dessa mudança:

Temos repetido [que] o perigo de se outorgar essa incumbência a qualquer outro organismo, sem as características do Poder Judiciário, se encontra, justamente, na possibilidade do contróle adquirir tonalidade política. Essa circunstância só poderá vir a favorecer os Governos, nunca os cidadãos e as liberdades públicas.

Alguns institutos, por outro lado, foram conservados com a Constituição Polaca, como a vedação de o Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas (art. 94).⁷⁹ Manteve-se a unidade do sistema processual com a fixação da competência da União para legislar privativamente Direito processual, entre outras matérias, como civil, comercial, penal, etc.

Quanto à composição do STF, apesar de o número de ministros ter permanecido o mesmo que o previsto na Constituição de 1934, eles passaram a ser nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, com idade entre 35 e 58 anos de idade, com base no art. 98.

Cumprе anotar que o mandado de segurança perdeu *status* de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. Outrossim, o Código de Processo Civil (CPC) de 1939 (Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939) excluiu da apreciação judicial, por via mandamental, os atos do Presidente

⁷⁸ Em sentido contrário, Celso Barbi assevera que o art. 96, parágrafo único “[...] contém, no fundo, a possibilidade de coexistência de uma norma constitucional com uma lei com ela conflitante, pois aquela não seria revogada pela manifestação do Congresso. Apenas persistiria a existência e validade da lei, apesar de infringente do texto constitucional, o qual prevaleceria em relação a outras leis, como norma limitadora” (apud FERRARI, 2004, p. 96-97).

⁷⁹ “Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (Acesso em 10 jan. 2008).

da República, dos ministros de Estado, dos governadores e dos interventores dos Estados (art. 319).⁸⁰

2.2.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

A Constituição de 1946, inspirada na Constituição de 1934, restabeleceu a tradição republicana e incorporou algumas das conquistas adquiridas no decorrer das lutas políticas e sociais: o voto secreto, o regime de partidos, a representação proporcional e a Justiça Eleitoral para o julgamento de todas as fases do pleito, dentre outros, e, ainda, suprimiu a Justiça Federal – de primeira instância – e criou o Tribunal Federal de Recursos, como órgão de segunda instância.⁸¹

O Texto Magno restaura o controle judicial de constitucionalidade no Direito brasileiro. Além da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento das demandas originárias e dos recursos ordinários, disciplinou a apreciação dos recursos extraordinários das causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes quando: a decisão for contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; se questionar sobre a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; na decisão recorrida, a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Manteve-se, ainda, a exigência pelo voto da maioria absoluta dos membros do

⁸⁰ “Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores” (Acesso em 10 jan. de 2008).

⁸¹ “Art 14 - Para composição do Tribunal Federal de Recursos na parte constituída de magistrados, o Supremo Tribunal Federal indicará, a fim de serem nomeados pelo Presidente da República, até três dos Juizes seccionais e substitutos da extinta Justiça Federal, se satisfizerem os requisitos do art. 99 da Constituição. A indicação será feita, sempre que possível, em lista dupla para cada caso” (Acesso em 11 jan. 2008).

tribunal para a eficácia da declaração de inconstitucionalidade (art. 200)⁸² e preservou-se a atribuição do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Pretório Excelso (art. 64).⁸³

Além disso, manteve-se a possibilidade de Ação Direta nos casos de intervenção federal, prevista na Constituição de 1934, embora com uma pequena reformulação, relacionada com os princípios constitucionais protegidos que, por sua vez, foram ampliados. O art. 7º, VII autorizava a intervenção para assegurar a observância dos seguintes princípios: forma republicana representativa; independência e harmonia dos Poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de governadores e prefeitos, para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da Administração; garantias do Poder Judiciário.

A titularidade da representação de inconstitucionalidade, para efeitos de intervenção federal, foi atribuída ao Procurador-Geral da República, que submeteria o ato argüido de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal. A intervenção federal estava subordinada à declaração de inconstitucionalidade.⁸⁴

Ressalta Gilmar Mendes (2007, p. 198):

[...] embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado (2007, p.198).

A argüição de inconstitucionalidade direta teve largo uso no regime constitucional então instituído. A primeira ação direta (também chamada de representação, já que

⁸² “Art. 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público” (Acesso em 11 jan. 2008).

⁸³ “Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (Acesso em 11 jan. 2008).

⁸⁴ “Art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos n.º VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do n.º VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção” (Acesso em 11 jan. 2008).

tinha de se originar de uma representação feita ao procurador-geral, que a encaminhava ao tribunal com o seu parecer), argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará. Recebeu o número 93 (CAVALCANTI, 1966).

Na Representação de nº. 94, na qual se argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagrados do regime parlamentarista na Constituição do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao procurador-geral. A resposta à indagação foi afirmativa, tendo o chefe do Ministério Público Federal requerido que a medida fosse provocada, o que foi feito por meio de pedido devidamente justificado (CAVALCANTI, 1966).

Em seu entendimento, a argüição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada mesmo com o parecer contrário do chefe do órgão ministerial, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal. Expõe que “Não pode o Procurador- Geral arquivar pura e simplesmente a 'representação' mas deve levá-la ao conhecimento do Tribunal, opinando pelo seu não conhecimento ou tomando a iniciativa do processo, argüindo a inconstitucionalidade” (CAVALCANTI, 1966, p. 111).

Essa orientação se firmou na Representação nº. 95, na qual o procurador-geral se manifestou pela constitucionalidade da norma impugnada, no entanto propôs a representação.⁸⁵

⁸⁵ Foram os argumentos do procurador-geral da República: “Não tem esta Procuradoria Geral nenhuma dúvida em opinar a respeito, reafirmando conceitos já emitidos em outro parecer, no sentido de prestigiar o texto votado pelas Constituintes estaduais, cuja validade se presume, quando não colida com os princípios fundamentais e expressos na Constituição Federal. Esta colisão não se verifica, a meu ver, na hipótese, porquanto a norma impugnada nada mais fez do que concretizar o princípio da hierarquia dos poderes no chamamento ao exercício do Poder Executivo. Na Constituição Federal, também é o Presidente da Câmara o imediato na substituição do Presidente e Vice-Presidente da República, e esta é uma tradição do nosso direito constitucional. Pouco importa que o poder não esteja ainda constituído porque o mesmo princípio se aplica a todos os casos de vaga. Subsiste, entretanto, a impugnação ao preceito invocado e basta esta controvérsia para que 'o ato argüido de inconstitucionalidade' seja submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal. E a dúvida é de tanto maior relevo quanto é o próprio Poder Executivo quem vacila na aplicação do texto constitucional, no momento em que se integra o Estado na plenitude de sua autonomia política. Grave é a responsabilidade do Governo diante da contingência de pôr a termo à intervenção no Estado, entregando o Poder Executivo, não ao seu detentor eleito pelo povo mas a um representante eventual eleito pela Assembléia. Cumpre, por isso mesmo, o Procurador-Geral da República, um dever imposto não só pela alta consideração que merece o Aviso do Exmº. Sr. Ministro da Justiça, mas ainda pelos autos propósitos que o inspiram trazendo questão

A ausência de regras processuais compeliu o Supremo Tribunal Federal e o procurador-geral da República a desenvolverem esses novos mecanismos procedimentais, na medida de suas necessidades. Tais procedimentos viriam a ser consolidados posteriormente pela legislação processual e pela prática da Corte.⁸⁶

O sistema concentrado ou abstrato de controle jurisdicional de constitucionalidade se consolidou com o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, ao prever, juntamente com a Representação de Inconstitucionalidade, o controle de constitucionalidade das normas estaduais e federais, restando consolidada a defesa da Constituição de forma direta perante o STF. Somente aí, aponta Jevaux (2008, p. 133), o controle de constitucionalidade passa a ser também concentrado, “[...] criando-se o modelo misto”.

Criou-se, desse modo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade das leis ou atos de natureza normativa federais e estaduais, de competência privativa do procurador-geral da República, com previsão no art. 101, I, k, justamente no mesmo ano em que o governo militar editou o Ato Institucional n.º 2, que, além de aumentar o número de ministros no STF de 11 para 16, garantiu, a partir da nomeação de cinco novos ministros, uma maioria de votos favoráveis ao governo. Essa ação suspendeu também as garantias dos juízes, como a estabilidade, a inamovibilidade e a vitaliciedade, considerando que a Constituição de 1946 não era compatível com o regime adotado (VIEIRA, 2002).

Oscar Vieira (2002) aponta que, neste clima de confronto e supressão das garantias de autonomia do Judiciário, a competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, por iniciativa exclusiva do procurador-geral da República,

de tanta relevância ao conhecimento deste E. Tribunal, esperando que este se pronuncie sobre a legitimidade do art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado diante da Constituição Federal, bem como sobre a constitucionalidade da intervenção federal depois de promulgada a Constituição Federal. Requer, por isso, a Vossa Excelência que distribuída a presente como reclamação, seja a mesma processada como de direito” (MENDES, 2007, p. 199).

⁸⁶ Acerca dessa questão Calvalcanti (1966, p. 108-109) certifica que, em decorrência da ausência de regulamentação para a aplicação do art. 8º da Constituição regulador da matéria, “[...] impunha-se uma construção processual que só poderia ser encontrada na utilização das formas existentes e nos suplementos dos doutos, no caso membros dos tribunais, a quem seria atribuída a função de dar aplicação ao mecanismo e interpretar a Constituição. Os debates verificados, principalmente nas primeiras representações [...] mostram como foi possível construir o processo e dar aplicação à norma constitucional”.

foi atribuída ao STF. Destaca o autor que a implementação da via de ação direta no Brasil, que é extremamente positiva para a garantia dos direitos individuais, surgiu, justamente no início do Governo Militar.

Na exposição de motivos da EC 16/65, de responsabilidade do ministro da Justiça, Juracy Magalhães, o instituto surge como intenção de diminuir a sobrecarga do Supremo, pois, com a ação direta, a partir de uma só decisão, seria possível impedir a formação de inúmeras demandas em torno de uma questão de inconstitucionalidade (VIEIRA, 2002).

O problema configurou-se na legitimidade ativa atribuída exclusivamente ao procurador-geral da República, que era exonerável *ad nutum* pelo Presidente da República, de forma a tornar-se instrumento de pouco valor no controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados pelo Poder Executivo ou no interesse deste. Acerca dessas questões dispõe Viera (2002, p. 123):

O Supremo Tribunal Federal só chegaria a apreciar uma questão de inconstitucionalidade, por via de ação direta, se esse alto funcionário, de confiança do Presidente da República, assim o quisesse. Surgiu dessa maneira um método de controle concentrado não apenas no sentido técnico jurídico, mas principalmente político.

2.2.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

A nova ordem constitucional manteve, com mínimas alterações, os dispositivos encontrados na Constituição de 1946, com a alteração da Emenda Constitucional 16, relativos ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis. No entanto, apesar de serem mantidos os poderes constitucionais do Supremo, isso não impediu que fosse alvo de arbitrariedades da cúpula militar. Alerta Nagib Salib (2006) que a grande alteração que se deu no controle foi, antes de tudo, a mudança da prática do Supremo Tribunal Federal.

No período que segue ao Governo Castelo Branco dois atos podem ser

considerados da maior relevância para se compreender a relação do Supremo com o regime militar. Por força do Ato Institucional n.º 5, as garantias dos magistrados foram novamente suprimidas, o que possibilitou a aposentadoria compulsória de três ministros.⁸⁷ Outra questão de maior gravidade foi a exclusão da esfera de competência do Judiciário, inclusive do Supremo Tribunal Federal, das ações praticadas com fundamento nos Atos Institucionais. Dessa maneira, todas as medidas de exceção, como a tortura e as prisões ilegais, foram excluídas do controle do Judiciário (VIEIRA, 2002).

O STF passou a ser composto por 11 ministros, podendo esse número ser elevado por lei, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Cabe acrescentar que a Justiça Federal foi restabelecida na Constituição de 1967 e mantida na de 1969.

No que tange à Representação Interventiva, seu rol foi ampliado para assegurar tanto os princípios sensíveis quanto a execução da lei federal. Em tais casos, bastava o decreto do Presidente da República para suspender a execução do ato impugnado, se essa medida fosse eficaz, ao invés de decretar a intervenção.

Há de se ressaltar que a Constituição de 1967 suprimiu a possibilidade de controle de leis municipais em face da Constituição do Estado, instituída pela EC 16/65. Mas logo a Emenda n.º 1, de 1969, restaurou o controle para fins de intervenção em município.⁸⁸

A atribuição de efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF cabia ao Senado Federal. A Suprema Corte comunicava a decisão à Casa

⁸⁷ De acordo com Moreira Alves, essas aposentadorias decorreram da concessão, por parte do Supremo, de um *habeas corpus*, concedido aos líderes estudantis presos no Congresso da UNE, realizado em Ibiúna- SP, em 1968 (O ESTADO DE SÃO PAULO, 25-3-1994, apud VIEIRA, 2002. p. 124).

⁸⁸ “Art. 15 [...] § 3º: A intervenção nos municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: [...] d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover a execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade” (Acesso em 12 jan. 2008).

Legislativa para esta resolver sobre a suspensão, no todo ou em parte, da aplicação de lei ou de decreto declarados inconstitucionais, tanto em controle difuso como em controle concentrado (arts. 45, IV, e 42, VII).

O Senado, contudo, nunca se viu obrigado a, automaticamente, suspender a norma rechaçada. Isso fez com que inúmeras demandas de idêntico conteúdo, já decididas, chegassem por meio de recurso extraordinário ou mesmo medida cautelar, novamente ao Supremo, aumentando seu volume de trabalho, já que o Senado não estaria vinculado a atribuir efeitos *erga omnes* às decisões do STF (SLAIBI, 2006).

Na década de 60, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, o STF passou a conferir medidas liminares, nas Representações Interventivas, suspendendo a eficácia dos atos impugnados, antecipando ato que posteriormente seria requisitado ao Poder Executivo – e não solicitado ao Senado Federal, como ocorria nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (SLAIBI, 2006).

Nesse passo, destacamos a decisão do STF na Representação de Inconstitucionalidade n.º 933⁸⁹ que, pela única e exclusiva vez em toda a história do controle de constitucionalidade, apesar dos votos divergentes, deferiu a medida liminar, promovendo a antecipação dos efeitos da resolução do Senado. Justificou sua célebre decisão na assertiva de que o poder acautelatório é inerente ao poder de decisão. Com efeito, passou-se a entender que não era mais necessário que o Senado atribuísse efeitos *erga omnes* em controle de constitucionalidade concentrado (SLAIBI, 2006).

Após dois anos da decisão, em 13 de abril de 1977, respaldando a posição do Supremo, foi outorgada a Emenda Constitucional n.º 7, que encerrou a discussão

⁸⁹ Diante da fusão dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro, criando o atual Estado do Rio de Janeiro, foi preciso reunir os Tribunais de Justiça dos antigos Estados, o que significou unir duas carreiras de magistratura que eram diferentes quanto às respectivas entrâncias. No exercício de suas competências estipuladas no art. 144, § 5º, da Emenda Constitucional n.º 1/69, o Tribunal de Justiça editou a Resolução n.º 1, de 21 de março de 1975, para dispor sobre a alteração da organização e da divisão judiciárias, impedindo a paralisação das atividades e regulando o suprimento de lotação dos cargos vagos. Com fulcro no art. 119, I, a Associação Fluminense dos Magistrados do antigo Estado do Rio de Janeiro dirigiu-se ao procurador-geral da República pleiteando que promovesse o ajuizamento de uma Representação por Inconstitucionalidade da lei, arguindo a urgência do deferimento de medida liminar (SLAIBI FILHO, 2006).

acerca do pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo PGR no Pretório Excelso, autorizando a sua concessão de maneira expressa no art. 119, I, *p*. Ademais, tal emenda também proporcionou outros avanços, conferindo ao procurador-geral da República a competência para apresentar Representação não só por inconstitucionalidade, mas também para provocar o Supremo a interpretar a lei ou ato normativo federal ou estadual, formulado em tese, independentemente da ocorrência do caso concreto (FERRARI, 2004).

Pelo exposto, vimos que a guarda da Constituição, no histórico das Constituições brasileiras, cabia, inicialmente, ao Poder Legislativo. Com a proclamação da República, emerge o controle difuso de constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário, com influência do Direito norte-americano. Apenas com a Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, resta consolidado o sistema concentrado de constitucionalidade, com influência do modelo austríaco. A partir daí, ambos os modelos passaram a coexistir, assegurando meios mais efetivos para a garantia da Constituição pela Jurisdição Constitucional.

2.3 ATUAL MODELO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituinte de 87/88, como não poderia deixar de ser, muito discutiu sobre o Poder Judiciário e sobre a sua estrutura e funções no Estado Democrático de Direito.⁹⁰ O pêndulo da História alcançou os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte com a idéia de que seria possível transformar, sem grandes rupturas do sistema até então existente, o STF de matriz americana em Corte Constitucional de matriz europeia (SLAIBI, 2006). Foi forte, inclusive, a campanha para a criação de uma Corte Constitucional.⁹¹

Acerca da expectativa de que se criaria um tribunal constitucional especializado, nos

⁹⁰ Slaibi (2006, p. 186) afirma que tais debates muitas vezes partiam “[...] da ferrenha e desarrazoada crença de que poderiam os tribunais, por si só redimir os pecados do sistema político”.

⁹¹ Oscar Dias Corrêa fez-lhe grande defesa, mas não o suficiente para impedir que a competência da Corte fosse repartida com o recém-criado Superior Tribunal de Justiça (POLETTI, 2001).

moldes existentes na Europa Continental, que não se confirmou, Viera (2002, p. 127) comenta:

Isso não significa, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal não tenha atribuições semelhantes às desses tribunais. Não obstante a manutenção da estrutura básica do Supremo, assim como sua composição, diversas foram as alterações na esfera de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no seu sistema político-constitucional brasileiro.

Ao término de tantos debates, acabou ficando o Poder Judiciário, salvo poucas alterações, com o mesmo formato que oferecia nos tempos últimos da ditadura militar. O Supremo Tribunal Federal perdeu as atribuições de velar pela legislação federal, incumbência que passou para o Superior Tribunal de Justiça, mas ganhou maiores atribuições no papel de guardião da Constituição, como passou a constar no *caput* do art. 102 da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, por Ulysses Guimarães (SLAIBI, 2006).

A Lei Fundamental de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial da Constituição, mormente o controle de constitucionalidade das leis. A par de manter a composição e estrutura do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu alterações em sua competência. Ampliou a possibilidade de controle da constitucionalidade, criou novas garantias constitucionais e alargou a lista de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, o que fez expandir o espaço do STF na arena política de resolução de conflitos constitucionais, ocasionando um grande impacto no seu papel no sistema político-constitucional nacional.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, possuem legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, a partir do advento da Emenda Constitucional n.º 03/93, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador do Estado ou Distrito Federal, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito

nacional.⁹²

O novo modelo de legitimação, com a outorga do direito à propositura a diferentes órgãos da sociedade, fortaleceu o sistema de controle abstrato de normas, como instrumento de correção do sistema. A ampla legitimação permitiu que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Pretório Excelso, colocando o controle difuso numa posição secundária. Nas palavras de Gilmar Mendes e Ives Gandra (2005, p. 77):

[...] parece quase que intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso [...].

A exacerbação dos sujeitos da ação direta de inconstitucionalidade não deixa de ser, também, resquício da propaganda em torno da jurisdição concentrada que, com essa pulverização, o sistema brasileiro avançou nesse modelo. Ao lado da titularidade difundida, o congestionamento do Supremo Tribunal Federal seria inevitável, considerando-se a febril atividade legislativa do Estado brasileiro e a constante discussão sobre a inconstitucionalidade, quanto mais, agora, que a Constituição continuou a sua expansão analítica, absorvendo um sem-número de matérias, reservadas, noutros tempos, à legislação ordinária (POLETTI, 2001).

Não obstante essa grande ampliação no direito à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, subsistiu um espaço residual considerável para o controle difuso, relativo às matérias que não poderiam ser submetidas ao controle concentrado (direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade no direito municipal em face da Constituição Federal). Estas só poderiam ser tratadas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

⁹² A ampla legitimação ativa levou o STF à criação de uma nova técnica de julgamento, passando a exigir o que se denominou pertinência temática ou pertinência subjetiva, entre os legitimados constante do art. 103 com o tema em debate na ADI, de forma que somente o Presidente da República, as mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos dispõem de interesse processual para propor ADI sobre qualquer tema, enquanto os demais legitimados não de demonstrar, em cada ajuizamento, tal interesse. Nesse sentido, ver: ADI-MC 77 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence), ADI 138 (Rel. Min. Ilmar Galvão), ADI 159 (Rel. Min. Octavio Gallotti) ADI-MC 913/DF (Rel. Min. Moreira Alves) Disponível em <www.stf.gov.br>.

Em contrapartida, a Lei Fundamental previu, no art. 102, §1º, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Porém, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou acerca do efetivo alcance da expressão *preceitos fundamentais*.⁹³ Até que isso ocorra, permanecerá a dúvida entre uma interpretação ampla e aberta ou uma leitura restritiva do texto constitucional. Aponta-se, ademais, que a ADPF, tal como prevista na Lei n.º 9.868/99, poderá ser utilizada, em casos excepcionais, também de maneira principal, assumindo a feição de uma reclamação constitucional autônoma no Direito brasileiro. Assim, permitiria a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio do entendimento do Supremo Tribunal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Poderá, ainda, ser utilizada para, de forma definitiva e com eficácia geral, dirimir controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até a sua criação, somente poderia ser veiculado mediante a utilização de recurso extraordinário. Nota-se, ainda, que as decisões proferidas nesses processos pelo STF, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou ilegitimidade de atos de igual conteúdo, editados pelas diversas entidades municipais. Ademais, o novo instituto também pode oferecer respostas adequadas para o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

Com efeito, a ADPF trouxe significativas mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Pode-se dizer que veio a completá-lo, uma vez que as questões até então excluídas de apreciação, no âmbito do controle abstrato de normas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

Cabe acentuar, por fim, que o constituinte preservou a *representação interventiva* cujo escopo é a aferição de compatibilidade do Direito estadual com os conhecidos

⁹³ O início da discussão sobre o assunto encontra-se na ADPF 33 (Rel. Min Gilmar Mendes, publicada no Diário da Justiça de 16-12-2005, julgada pelo Plenário da Corte em 7-12-2005. Acesso em 30 jan. 2008).

princípios sensíveis (Constituição Federal, art. 34, c/c o art. 36, III), condição necessária para a intervenção federal, que, com fulcro no art. 36, III e §1º da Constituição há de ser efetuada pelo Presidente da República. Ao lado do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, c/c 102, I, q, cuja missão é a defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, a Carta Magna de 1988 introduziu no art. 103, §2º, o controle abstrato por omissão, que possui os mesmos legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade.

Por derradeiro, cumpre informar que é hipótese deste trabalho que essas alterações, na esfera da jurisdição constitucional, e, particularmente, no sistema de controle de constitucionalidade, contribuíram para a ampliação do papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal, tornando o Pretório Excelso uma arena política mais acessível, reforçando as suas funções tradicionais.

3 O PROCESSO CONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 159) afirma que o processo é um caminho e, portanto, deve ligar duas extremidades: “Essas duas extremidades são a jurisdição e a ação. Exercita-se o direito de ação provocando a jurisdição para a resolução de um conflito de interesses. O processo se coloca nesse hiato que separa a jurisdição da ação” (2008, p. 159). Ensina, ainda, o autor: “É nesse sentido que o processo deve ser entendido: como o único caminho idôneo que permite o exercício *efetivo* do direito de ação [...]” (p. 159).

Nesse passo, para que seja viável a atuação da jurisdição, é imprescindível que exista um método de trabalho, previamente estabelecido pela lei, com o fim de organizar a atuação dos sujeitos processuais.⁹⁴ Esse método é direito processual; que “[...] define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes” (DINAMARCO, v. 2, 2005, p. 38).

O direito processual, também entendido como técnica processual, é antes de tudo jurídico. É o direito abstrato (direito processual) que regulamenta o seu *modo-de-ser*, oferecendo um verdadeiro *manual de instruções* para aqueles que se inserem, de alguma forma, na relação jurídico-processual.

Ao especificar as ditas regras, o ordenamento faz opções entre valores. Cada norma processual visa à concretização de escopos específicos que, em última análise, devem atender aos princípios gerais da atividade jurisdicional.⁹⁵

Dessa forma, o legislador, ao ditar as normas processuais, deve buscar os critérios e meios mais idôneos para atingir os escopos da jurisdição.

⁹⁴ Cf. Bedaque, (2006, p. 77).

⁹⁵ Cf. Dinamarco, (2001, v.1, p. 250 e ss).

3.1 A TÉCNICA PROCESSUAL E O PROCESSO CONSTITUCIONAL OBJETIVO

“Um significativo fator de abertura para as preocupações éticas com o processo foi o crescimento do interesse de parte da doutrina pelos temas constitucionais do processo civil e verdadeira imersão de alguns no *direito processual constitucional*”, aponta Dinamarco (2000, p. 730).

Indica o mesmo autor que, quando os processualistas realizavam estudo puramente técnico-jurídico dos institutos e mecanismos processuais, “[...] confinando suas investigações ao âmbito interno do sistema, era natural que prosseguissem vendo nele um mero instrumento técnico e houvessem por correta a afirmação de sua indiferença ética” (2000, p. 730).

Em outro giro, quando o processualista “[...] passa ao confronto das normas e institutos do processo com as grandes matrizes político-constitucionais a que estão filiados, é todavia natural que o estudioso sinta necessidade da *crítica ao sistema* [...]” que inicialmente é “[...] feita à luz dos princípios e garantias que a Constituição oferece e impõe – e com isso está aberto o caminho para as curiosidades metajurídicas decorrentes da conscientização dos valores que estão à base dessas exigências constitucionais” (DINAMARCO, 2000, p. 730).

Assim, Dinamarco (2000, p. 730) ensina que “[...] o estudo puramente técnico do *procedimento* não vai além da descrição dos atos processuais, exigências formais que os condicionam, das interligações entre eles e conseqüências dos desvios eventualmente praticados”.

A noção de Direito Processual constitucional, diferentemente, coloca o estudo do procedimento sob o enfoque da garantia do devido processo legal “[...] e com isso o estudioso conscientiza-se de que as exigências do Código constituem projeção de uma norma de maior amplitude e mais alta posição hierárquica, sendo indispensável uma interpretação sistemática” (DINAMARCO, 2000, p. 730).

O Direito Processual constitucional é um “[...] método consistente em examinar o

sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela” (DINAMARCO, 2005, 188-189).

O “método constitucionalista” inclui o estudo das

[...] recíprocas influências existentes entre Constituição e processo - relações que se expressam na tutela constitucional do processo e, inversamente, na missão deste como fator de efetividade dos preceitos e garantias constitucionais de toda ordem (DINAMARCO, 2005, 188-189).

Nesse passo, deve-se ter em mente, conforme as palavras de Cássio Scarpinella Bueno (2006), que a Constituição influencia diretamente toda a leitura do processo:

[...] o plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser do processo. O plano infraconstitucional do processo, assim, é caracterizado, conformado, pelo que a Constituição impõe acerca da forma de exercício do poder estatal no plano jurisdicional. É dizer o plano *técnico* do processo é necessariamente vinculado e conformado ao modelo que a Constituição reserva para ele (BUENO, 2006, p. 44).

Destarte, o sistema constitucional deve ser parâmetro para a conformação das técnicas processuais, principalmente aquelas utilizadas no âmbito da jurisdição constitucional – do processo constitucional.

Podemos também tratar do Direito Processual Constitucional não sob uma visão tal qual difundida por Dinamarco (2000), de uma leitura renovada do processo sob o enfoque das garantias constitucionais, mas também como a regulamentação de atos e procedimentos, com a finalidade de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos.

André Ramos Tavares (2007), por sua vez, define Direito Processual Constitucional como o conjunto de regras procedimentais fundamentadoras da prática do controle jurisdicional de constitucionalidade do comportamento estatal.

É justamente nesse procedimento de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público que surge o processo constitucional, que tem por objetivo “[...] a restauração da ordem constitucional, com a certificação de que a Constituição prevalece, é cumprida ou impõe-se sobre os comportamentos que

pretendem dela desviar-se”, como acentua Tavares (2007).^{96 97}

As técnicas processuais – que constituem os mecanismos utilizados para a produção dos resultados pretendidos no processo – utilizadas no âmbito processo constitucional, devem ter por escopo a defesa da ordem fundamental contra atos com ela incompatíveis. É dizer que o processo constitucional tem como desígnio a proteção do sistema constitucional compreendido em toda a sua integralidade e do paradigma jurídico, social e político proposto pela Magna Carta.

Por outro lado, naquelas demandas de índole subjetiva, a técnica processual tem como finalidade assegurar o cumprimento das chamadas *garantias constitucionais do processo*.⁹⁸ Busca garantir o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, a imparcialidade do julgador e a igualdade no tratamento das partes, em suma, o *devido processo legal*.

As exigências impostas pela técnica processual do processo subjetivo visam à *efetividade* do direito material. Pretendem assegurar que ele possa fornecer ao sujeito tutelado a mesma proteção que ele receberia na hipótese de os seus direitos terem sido respeitados espontaneamente. No âmbito do processo de fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, por sua vez, o objetivo é distinto. Deseja-se conferir harmonia ao Estado Constitucional de Direito.

Assim, para uma adequada utilização da técnica, é mister a compreensão das mais basilares peculiaridades do processo constitucional, as quais abordaremos a seguir.

Primeiramente, devemos apontar a corriqueira distinção entre as formas de controle dos atos normativos. Utilizando o critério modal, obtemos a diferença entre os

⁹⁶ Cf. Canotilho (2000) que dispõe que Direito Processual Constitucional tem como objeto o processo constitucional que se reconduz a um complexo de atos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de atos normativos públicos. Nesse sentido, o processo constitucional é o processo de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas.

⁹⁷ Cf. Palu (2001, p. 97) que define processo constitucional como “[...] o conjunto de regras e atos constitutivos de um procedimento juridicamente ordenado através do qual se fiscaliza jurisdicionalmente a conformidade constitucional dos atos normativos. Serve, precipuamente, para garantir a subsistência de um direito material: o direito constitucional”.

⁹⁸ Cf. Dinamarco (2001, v. 1, p. 188 e ss).

processos próprios (exclusivos) para o enfrentamento de aspectos de constitucionalidade, daqueles outros ditos comuns, em que a matéria constitucional surge como prejudicial ao objeto principal, que tem como preocupação primeira a solução de questões subjetivas. Limitaremos o estudo à primeira idéia, isto é, ao controle abstrato de normas.

A primeira anotação que deve ser feita, em relação ao processo constitucional, é a sua especificidade e, nessa medida, deve-se ter em mente que “O processo de controle abstrato de constitucionalidade não é nem poderia ser regido pelas mesmas diretrizes ou especificidades do processo comum” (TAVARES, 2007, p. 236). Até mesmo porque o seu caráter objetivo afasta a aplicação de grande parte das regras processuais vigentes, de forma que os delineamentos do processo ordinário somente poderão se aproveitados se e na medida em que forem compatíveis e indispensáveis.

Distinção, igualmente relevante, no âmbito do processo de índole constitucional é referente à limitação de suas partes. O processo constitucional apenas se inicia sob o impulso das entidades às quais é constitucionalmente reconhecida legitimidade processual ativa. São legitimados aqueles previstos no art. 103 da Constituição Federal. Somente estes são titulares do direito à propositura de um processo de fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos

A concessão do direito de propositura a diferentes órgãos estatais e a organizações sociais diversas “[...] ressalta o *caráter objetivo* do processo do controle abstrato de normas, uma vez que o autor não alega a existência de lesão a direitos, próprios ou alheios, atuando como representantes do interesse público” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 142).

Nesse sentido, “[...] no controle abstrato de normas, tem-se *processo objetivo*, que não conhece partes, destinado, fundamentalmente, à defesa da Constituição” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 142).⁹⁹

⁹⁹ Cf. ADI nº. 79, relator ministro Celso de Mello, Diário de Justiça, 12 set. 1989.

Em decorrência da natureza objetiva do processo – não se destina à proteção de situações individuais ou de relação subjetivas, mas visa precipuamente à defesa do sistema jurídico – não se exige interesse jurídico específico como pressuposto para a propositura. “Para instauração do controle abstrato de normas bastava, portanto, que houvesse dúvida quanto à constitucionalidade da lei; demonstrando-se, assim, a existência de interesse público na apreciação da questão pelo Tribunal” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 140).

O próprio Supremo Tribunal Federal há muito tempo adota postulados próprios para a ação direta. Assim, em 1962, já destacava que o instituto da ação direta de inconstitucionalidade, então denominado representação de inconstitucionalidade, “[...] não é um processo judiciário, em que o Tribunal funcione como juiz de controvérsia entre partes, característica essencial dos processos judiciais” (apud TAVARES, 2007, p. 239).

Ainda sob a vigência da Carta de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal destacou que a representação de inconstitucionalidade não era uma ação no sentido clássico, mas um instituto de natureza política¹⁰⁰ e, em decorrência disso, o procurador-geral da República – único legitimado à época – era titular da propositura da ação apenas para efeito de provocar o tribunal,¹⁰¹ mas não lhe era dada a possibilidade de desistência¹⁰² ou de qualquer outro mecanismo para impedir que o STF aprecie a questão que lhe foi submetida anteriormente.

Desde então, “[...] parece pacífico o entendimento sobre a natureza do controle abstrato de normas como *processo objetivo*, para cuja instauração se afigura suficiente a existência de um *interesse público de controle*” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 141-142).

Incompatível, portanto, a teoria *carnelutiana* do objetivo do processo como a *justa*

¹⁰⁰ Cf. voto do Ministro Aliomar Baleeiro (in: Representação nº. 700 relator ministro Amaral Santos).

¹⁰¹ Cf. voto do Ministro Moreira Alves (in: Representação nº. 1.016, relator ministro Moreira Alves).

¹⁰² No mesmo sentido, o *Bundesverfassungsgericht* decidiu que a desistência pelo requerente não acarretava, necessariamente, a suspensão do processo. “O pedido representaria, nesse contexto, um simples impulso externo [...] um instrumento deflagrador do processo objetivo de controle [...] ‘O requerimento é indispensável – diz Söhn – , para a instauração do processo, não para o seu desenvolvimento, uma vez que o princípio do pedido foi satisfeito com a simples apresentação do requerimento” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 141-142).

composição da lide. Não há lide no processo constitucional de fiscalização das normas constitucionais. Assim, “O processo subjetivo tutela a Constituição indiretamente, posto que há interesses individuais sendo discutidos. O processo constitucional é apanágio do controle na via concentrado-abstrata e tem características próprias, sendo um processo objetivo” (PALU, 2001, p. 97).

Como visto, a jurisdição constitucional – por meio do processo constitucional – tem por escopo tutelar o princípio da supremacia da Constituição. Quando falamos em supremacia constitucional, em lição preliminar, tratamos da supremacia formal, decorrente da rigidez própria da Constituição, que traduz a superioridade desta em face das demais normas que compõem o arcabouço do sistema jurídico.

Assim, é imperiosa a compreensão da objetividade do processo constitucional para a correta utilização das técnicas processuais. Mais adiante nos reportaremos à contribuição da doutrina estrangeira e da construção pretoriana na conformação das técnicas processuais mais utilizadas nesse âmbito.

3.2 EFEITOS DA DECISÃO NO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Nesse ponto, abordaremos as principais características das decisões judiciais de inconstitucionalidade, como a extensão de seus efeitos, se gerais (*erga omnes*) ou particulares (limitados aos litigantes); a sua natureza, se declaratória ou constitutiva; e, ao final, sua eficácia no tempo, se retroativa (*ex tunc*) ou prospectiva (*ex nunc*). Na seqüência, faremos uma explanação acerca dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, que tanto tem gerado questionamentos, na doutrina e na prática forense, sobre a sua extensão e justificativa.

3.2.1 Efeitos gerais e efeitos particulares

A decisão judicial de inconstitucionalidade, com relação à sua extensão, pode possuir efeitos gerais e efeitos particulares. Os primeiros ocorrem quando a sua eficácia atinge uma universalidade de pessoas e os efeitos particulares manifestam-se quando a sua eficácia se limita aos litigantes do caso concreto.

É possível, inclusive, classificar os sistemas de controle de constitucionalidade de acordo com a eficácia de suas decisões, se geral ou particular. Aqueles em que o órgão competente para fiscalizar decide com eficácia *erga omnes*,¹⁰³ pois o ato normativo, uma vez considerado inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento,¹⁰⁴ em regra, ocorrem no controle principal. Contrapondo-se à idéia, tem-se o controle incidental cuja decisão, em regra, produz efeitos entre os particulares,¹⁰⁵ situação em que o ato normativo reconhecido inconstitucional

¹⁰³ Dispõe Uadi Lammêgo Bulos (2008, p.135-136): “O controle difuso de normas constitucionais não se afigura instrumento apto para imprimir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos genéricos, a exemplo do que ocorre na fiscalização abstrata”. Com relação ao direito nacional, afirma: “Somente quando o Senado publica resolução suspendendo, no todo ou em parte, a executoriedade de ato declarado inconstitucional pelo Supremo é que os efeitos do controle difuso passam a ser gerais. Se é certo que o membro do Poder Judiciário não está compelido a seguir preceito jurídico, advindo do exercício *contra constitutionem* do poder reformador, mais exato ainda é que ele não poderá expandir o objeto do controle difuso, convertendo-o, ao arrepio da legalidade, num autêntico controle concentrado. Quer dizer, qualquer juiz pode, no caso concreto, declarar a inconstitucionalidade normativa. O que não poderá fazer é imprimir à sentença a eficácia *erga omnes*, exercendo, *moto proprio*, atribuições que pertencem ao Supremo e ao Senado da República (CF, art. 102, caput, c/c o art. 52, X). Assim, qualquer membro do Poder Judiciário, mediante controle difuso, poderá declarar a inconstitucionalidade das espécies normativas do art. 59 da Constituição, mas apenas no caso concreto, somente no processo que estiver oficiando. Os efeitos de seu veredito resumir-se-ão ao bojo da demanda” (p. 135-136).

¹⁰⁴ Acerca da controvérsia travada sobre a necessidade de o Supremo Tribunal Federal submeter as decisões de inconstitucionalidade ao Senado Federal ver Parecer do Ministro Moreira Alves de 11-11-1975, publicada no Diário de Justiça de 16-05-77, que incitou a decisão do então presidente do STF, Ministro Thompson Flores, que determinou que as comunicações ao Senado, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (MENDES, 2000).

¹⁰⁵ O controle difuso de constitucionalidade no Brasil surgiu nos moldes do direito norte-americano, todavia não se tinha aqui a cultura do *stare decisis*, ficando em aberto o problema relacionado com a eficácia da decisão perante terceiros. Acerca do assunto, comenta Teori Albino Zavascki (2001, p. 28-29): “Agudizou-se, assim, o grave inconveniente do controle difuso, que põe em perigo os princípios da isonomia e da segurança jurídica ao abrir a possibilidade de haver decisões divergentes, umas reconhecendo, outras rejeitando a inconstitucionalidade de um mesmo preceito normativo [...] Tem-se, portanto, no Brasil, que as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, limitam a sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. A rigor não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469)”.

somente não é aplicado ao caso concreto submetido à cognição do juiz, continuando em vigor até que seja anulado, revogado ou suspenso pelos eventuais órgãos competentes.

A decisão de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes* “[...] corresponde à clássica *judicial review*: os juízes exercem o seu *Prüfungsrecht* (direito de <<prova>>, direito de <<fiscalização>>, direito de <<exame>>) e controlam a validade da norma ou normas incidentes na solução do caso concreto” (CANOTILHO, 2000, p. 903). Já a decisão com eficácia *erga omnes* afirma o mesmo autor “[...] é próprio do controlo concentrado e correspondente ao exercício de uma *Verwerfungskompetenz* (<<competência de rejeição>>)” (2000, p. 903). Sustenta que: “O Tribunal Constitucional ou órgão correspondente afirma-se como <<defensor da Constituição>>, <<legislando>> negativamente, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma inconstitucional” (2000, p. 903).¹⁰⁶

“A decisão da corte invalida a lei ou sua disposição particular não apenas no controle concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros”, sustenta Kelsen (2003, p. 305) acerca da decisão de eficácia *erga omnes*.

Por outro lado, o mesmo autor afirma: “O fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém apenas para ele [...]” (2003, p. 303), visto que a norma geral, como tal continua válida e portanto, pode ser aplicada em outras situações .

Cumprido destacar que os efeitos emanados da decisão judicial de

¹⁰⁶ Cf. Medeiro (1999, p. 800-801) ao colocar: “A eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade tem plena **razão de ser**. A força obrigatória geral pretende, no fundo, atribuir à declaração força ou vinculatoriedade paralela à norma controlada. A força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade é uma consequência do objeto da declaração: a norma contém uma regulamentação geral e abstrata e, por isso, a consequente declaração de inconstitucionalidade deve atingir as mesmas situações e pessoas abrangidas pela norma em causa. Daí que, mesmo que se fala, ainda que impropriamente, em força de lei, há quem sublinhe justamente que a declaração de inconstitucionalidade tem o valor, não já da norma constitucional que serve de parâmetro – força de lei não é força de Constituição –, mas sim da norma que é objecto de apreciação e, por isso, a sua posição pode variar. Todavia, em rigor e não estando em causa uma verdadeira lei, o que isso significa apenas que a decisão tem o âmbito da norma sindicada e não portanto que a decisão ocupe, enquanto norma, uma posição na estrutura escalonada da ordem jurídica”.

inconstitucionalidade – efeitos gerais e particulares – apresentam importantes diferenças se cotejarmos os sistemas austríaco e norte-americano.¹⁰⁷ Mauro Cappelletti (1999, p. 118) ensina que o sistema austríaco possui “[...] caráter 'geral', ou seja, dá origem a uma anulação que, não obstante com eficácia não retroativa, mas *ex nunc* ou *pro futuro*, opera, porém, *erga omnes*, pelo que se fala, precisamente, de uma *Allgemeinwirkung* (eficácia geral)”. E continua explicando:

A lei, em outras palavras, uma vez sobrevindo o pronunciamento de inconstitucionalidade, torna-se ineficaz para todos, do mesmo modo como se tivesse sido abrogada por uma lei posterior; e entram, de novo, em vigor - salvo se em sentido contrário dispuser a Corte Constitucional - aquelas disposições legislativas que pré-existiam à lei inconstitucional (art. 140, secção 4ª, da Constituição austríaca) (1999, p. 118).

Utilizando-se das lições de Cappelletti é possível afirmar que é precisamente o contrário que ocorre no tradicional sistema norte-americano e nos sistemas que o utilizam como referência. Vejamos:

Em todos esses sistemas, de fato a regra fundamental é a de que o juiz deve limitar-se a *não aplicar a lei inconstitucional ao caso concreto*; pelo que o controle judicial de constitucionalidade das leis não tem, como na Áustria, eficácia geral, *erga omnes*, mas só eficácia especial, *inter partes*, isto é, limitada ao caso concreto ('Individualwirkung') – embora seja verdadeiro que esta característica é, depois, em boa parte, eliminada nos Estados Unidos (especialmente quando se trata de controle exercido pela *Supreme Court*), por força do princípio do *stare decisis* (CAPPELLETTI, 1999, p. 118).

Daí podemos concluir que a extensão da decisão judicial varia, mormente de acordo com o tipo de controle de constitucionalidade em apreço.

3.2.2 Efeitos declaratórios e efeitos constitutivos

As decisões judiciais de inconstitucionalidade podem assumir natureza: declaratória

¹⁰⁷ Cf. Kelsen (2003, p. 301-319) no artigo “O controle judicial da constitucionalidade: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana”. Esse texto foi publicado originalmente em inglês, sob o título “A comparative study of the Austrian and the American Constitution”, no *Journal of Politics*, em maio de 1942.

ou constitutiva.¹⁰⁸ Aquelas “[...] se limitam a uma simples declaração do direito”; estas “[...] criam um estado jurídico novo, não existente antes de seu pronunciamento” (COUTURE, 19--., p. 79-80).

Trata-se de efeito declaratório quando o órgão fiscalizador se limita a declarar a nulidade preexistente do ato normativo, visto que, nessa concepção, é absolutamente nulo (*null and void*), e por isso o juiz ou qualquer outra entidade de controle se restringem a reconhecer a sua nulidade. É o regime típico do controle difuso.

É possível, ainda, que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade sejam constitutivos. É essa a regra geral nos sistemas de controle concentrado.¹⁰⁹ O órgão que decide sobre a inconstitucionalidade *anula* um ato normativo que, até o momento da decisão, é considerado válido e eficaz.

Acerca do controle concentrado, Canotilho (2000, p. 905) em consonância com as premissas teórico-jurídicas de Kelsen e de Merkl, “[...] parte da idéia de as 'leis inconstitucionais' deverem ser consideradas com 'leis constitucionais' até serem eliminadas do ordenamento jurídico por um órgão jurisdicional especial através de um 'processo de cassação de normas' também específico”.

“Enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo”, destaca Kelsen (2003, p. 305).

Cappelletti (1999, p. 116) observa que “[...] a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (‘aufhebt’) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional”.

Ao contrário do sistema austríaco, no norte-americano, historicamente, a lei ou ato

¹⁰⁸ Cf. Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p. 164-176) acerca das diferenças entre a decisão declaratória e a constitutiva de inconstitucionalidade.

¹⁰⁹ Fala-se em regra geral, pois existem sistemas como o brasileiro que admitem a decisão declaratória mesmo no exercício do controle concentrado.

normativo tido por inconstitucional eram considerados absolutamente nulos, como se nunca houvesse existido, tendo, nesse sentido, a decisão de inconstitucionalidade caráter declaratório.

Acerca dessa concepção declara Cappelletti (1999, p. 115-116) que a lei inconstitucional “[...] porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (‘null and void’) e, por isto, *ineficaz* pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma (pré-existente) nulidade* da lei inconstitucional”.

Sintetiza o pensamento afirmando que, enquanto o sistema estadunidense de “[...] controle judicial de legitimidade constitucional das leis tem – pelo menos segundo a concepção tradicional que, no entanto, nos últimos decênios sofreu notáveis oscilações e atenuações, [...] – o caráter de um controle *meramente declarativo*” (p. 117) o sistema austríaco comporta, ao invés, “[...] o caráter de um controle *constitutivo* da invalidade e da conseqüente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição” (CAPPELLETTI, 1999, p. 117).

Por conseguinte, podemos dizer que a princípio se deriva que, no primeiro sistema, no qual a decisão de inconstitucionalidade possui efeito declaratório, a eficácia opera *ex tunc*, retroativamente – “[...] mero acertamento de uma *pré-existente* nulidade absoluta [...]” (CAPPELLETTI, 1999, p. 117).

Nos sistemas nos quais a eficácia da decisão é constitutiva, ou seja, de anulação da norma impugnada, opera *ex nunc* ou, ainda, *pro futuro*, não se admitindo retroatividade de eficácia da anulação.

3.2.3 Efeitos retroativos e efeitos prospectivos

Quando a eficácia da decisão de inconstitucionalidade invalida todos os atos jurídicos, mesmo aqueles praticados antes da declaração de inconstitucionalidade,

dizemos que possui natureza retroativo ou *ex tunc*. Por outro lado, o efeito *ex nunc*, ou ainda prospectivo, se atribui à decisão para o futuro, no sentido de que o efeito da invalidade só se inicia a partir do momento em que seja reconhecida a inconstitucionalidade do ato impugnado ou de momento posterior, respectivamente.

Canotilho (2000, p. 904) sustenta que “Em rigor lógico, a eficácia *ex nunc* seria própria do sistema concentrado. Como sustentou Kelsen, enquanto um Tribunal Constitucional não tiver declarado inconstitucional uma lei, este acto é válido e vinculante para os juízes e outros aplicadores do direito”. Continua esclarecendo:

A declaração com efeitos *erga omnes* (típicos de acto legislativo) valeria apenas *pro futuro*. Já no caso de *judicial review* o efeito típico é o da nulidade e não da simples anulabilidade: a lei *desaplicada* por inconstitucional é nula porque desde a sua entrada em vigor é contrária a constituição, motivo pelo qual a eficácia invalidante se deveria tornar extensiva a todos os actos praticados à sombra da lei inconstitucional – daí o seu efeito *ex tunc* (CANOTILHO, 2000, p. 904).

Todavia, o mesmo autor enuncia que “[...] este rigor lógico nem sempre se mantém” (CANOTILHO, 2000, p. 904).

Na realidade, Kelsen (2003, p. 308) sustenta a impossibilidade de existir dentro de um sistema de direito positivo a nulidade absoluta. Afirma que “[...] não é possível caracterizar como invalido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável”. Isso porque o ato somente é nulo se a “[...] autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação” (2003, p. 308).

“Em particular, é impossível considerar absolutamente inválida, ou ‘nula *ad initio*’ uma lei promulgada pelo legislador competente. Somente as cortes têm o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade de uma lei”, entende Kelsen (2003, p. 309). Com efeito, “Se alguém se recusa a obedecer uma lei por entendê-la inconstitucional, está atuando sob o risco de que a corte competente considere ilegal sua conduta, ao ter a lei por constitucional. Do ponto de vista legal apenas a opinião da corte é decisiva [...]” (KELSEN, 2003, p. 309).

Destaca, enfaticamente, Cappelletti (1999, p. 116) que “[...] a Corte Constitucional

austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação de lei se opere somente a partir de uma determinada data *posterior* a publicação (*'kundmachung'*) de seu pronunciamento". É dizer, o Tribunal pode manipular a partir de qual momento a sua decisão passará a surtir efeito, é o chamado efeito prospectivo da decisão de inconstitucionalidade.

Quando a decisão judicial tem efeitos retroativos, em tese, todas aquelas relações jurídicas constituídas sob o pálio da norma declarada inconstitucional perdem o seu fundamento de validade, de forma que serão desconstituídas ou consideradas nulas. Os apologistas da eficácia retroativa invocam tradicionalmente o argumento da invalidade *ab initio* da lei inconstitucional; em contrapartida, há aqueles que trazem à baila, entre outros, o princípio da segurança jurídica, sustentando que esse princípio (embora não imponha forçosamente a opção por um sistema de fiscalização da constitucionalidade puramente preventivo, à maneira francesa) aponta no sentido da atribuição de uma eficácia *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade (MEDEIROS, 1999).¹¹⁰

3.3 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO ESTRANGEIRO

Cumpramos desde já observarmos, sem adentrar nas vicissitudes de cada sistema, que a decisão de inconstitucionalidade de uma norma pode se constituir um fator de incerteza, insegurança, afetar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos ou até mesmo apresentar-se como uma solução politicamente inoportuna.

É sabido, contudo, que, em muitas situações, resolve-se a questão da inconstitucionalidade sem maiores transtornos. Na realidade, além do fato de que a

¹¹⁰ Cf. Keith S. Rosenn (2004) para uma análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em alguns países da América, tais como, Estados Unidos, Canadá, México, Chile, Argentina, Equador e Colômbia.

questão poder ficar desde logo esclarecida em sede de controle preventivo, o *efeito repressivo*¹¹¹ das decisões de inconstitucionalidade reduz significativamente os perigos dos *buracos negros* resultante da eliminação da norma do ordenamento.

Por outro lado, mesmo sem referir a uma eventual competência do próprio legislador ordinário para, por meio de lei posterior retroativa, afastar as consequências negativas de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, elucida Medeiros (1999, p. 673-674)

[...] a *autonomia dos actos de aplicação da lei inconstitucional* – que faz com que a nulidade da lei não envolva forçosamente a nulidade de seus atos de aplicação – e o *princípio da conservação dos atos jurídicos* – subjacentes, por exemplo, às decisões redutivas e, em parte, às decisões interpretativas – permitem também contornar as consequências nefastas das decisões de inconstitucionalidade”.

Entretanto, os instrumentos referenciados não eliminam todas as dificuldades. A procura de soluções capazes de restringir os efeitos negativos advindos do juízo de invalidade de uma norma é constante.

As respostas são, naturalmente, diversas, mas a tendência geral segue claramente no sentido da admissibilidade de uma limitação do alcance da decisão de inconstitucionalidade.

Jorge Miranda (2003, p. 512) entende que a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade “[...] resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos”. Defende o autor que se trata de uma tarefa de harmonização e concordância prática e por mais paradoxal que pareça *prima facie*, acaba “[...] por servir de instrumento de garantia, porque se ela se não operasse, poderiam os órgão de fiscalização, para evitar as consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade” (2003, p. 512).

¹¹¹ Veja o exemplo colacionado por Medeiros (1999, p. 673): “[...] se os prazos estabelecidos pela lei para a prisão preventiva forem declarados inconstitucionais, a sua desaplicação não envolverá, necessariamente, a liberação dos argüidos em relação aos quais haja perigo de fuga, pois, independentemente do recurso à limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a repressiva da lei anterior pode permitir resolver adequadamente a questão”.

Para efeitos desta dissertação, é suficiente a procura de soluções e justificativas capazes de restringir os efeitos negativos advenientes do juízo de invalidade de uma norma. Para tanto, buscamos fundamentação não apenas nos tradicionais exemplos alemão e austríaco, mas também na evolução do Direito italiano, espanhol, português e, é claro, na prática norte-americana da *prospective overruling* que merece grande destaque neste debate. Em suma, as notas do Direito Comparado poderiam multiplicar-se, mas, para não nos estendermos excessivamente, serão abordados, em seguida, os traços mais marcantes sobre o problema da limitação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade nos ordenamentos apontados.

3.3.1 Estados Unidos da América

Muito bem asseverou Cappelletti (1999) que o sistema norte-americano sofreu notáveis oscilações e atenuações em sua concepção tradicional, que tão enfaticamente defendia a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma contradição em termos, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*”. Segundo relatos de Gilmar Mendes e Ives Gandra (2005), apoiado na obra de Laurence Tribe (“*The American Constitutional Law*”), após a Grande Depressão, passou-se a admitir a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.

A Suprema Corte Americana começou a rever a questão da eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade inicialmente nas demandas de caráter criminal, avaliando que, se determinadas leis e atos declarados inconstitucionais, em sua tradicional concepção, nunca existiram como tais, as condenações nelas baseadas serão ilegítimas, possibilitando a impugnação das condenações efetuadas com base na norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade atinge exclusivamente a demanda sob análise, não haverá possibilidade de revisão dos julgados anteriores (MARTINS; MENDES, 2005).

Para compreender todo o contexto acerca da formulação da doutrina dos efeitos

prospectivos, é necessário, primeiramente, apontar uma decisão da Suprema Corte Americana que foi responsável pelo surgimento da polêmica em torno da questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o caso *Mapp v. Ohio* (1961). O tribunal decidiu que, em conformidade com a 4ª Emenda, a prova obtida por meios ilícitos não seria válida no juízo penal (ENTERIA, 1992).

Com efeito, pela lógica do sistema tradicional, todas as condenações, em decorrência de provas obtidas por meios ilícitos, teriam que ser revisadas. Sob essa perspectiva, em 1965, o senhor Linkletter, que havia sido condenado em virtude desse sistema de provas, que, posteriormente foi considerado contrário ao princípio do *due process of law*, pugnou pela revisão de seu julgado (ENTERIA, 1992).

No entanto, a Suprema Corte rechaçou sua pretensão sob o argumento de que para o pedido não havia fundamentação constitucional, pois a Constituição não proíbe nem exige o efeito retroativo da decisão de inconstitucional e, que para decidir sobre a aplicação retroativa devem-se ponderar as vantagens e os inconvenientes de cada caso (ENTERIA, 1992).

Acerca do tema assevera Laurence Tribe:

No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo'. Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidida novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões (apud MARTINS; MENDES, 2005, p. 436).

Semelhante ao que aconteceu no caso *Linkletter v. Walker*, no qual foi formulado pedido de revisão da condenação, inúmeros *habeas corpus* foram impetrados com o pedido de que o precedente criado no caso *Mapp* fosse aplicado aos demais casos já julgados em que as condenações se basearam em provas obtidas ilegalmente (ENTERIA, 1992).

A resposta do juiz Clark foi no sentido de que as novas regras firmadas no caso *Mapp* tinham como finalidades precípua desestimular as ações ilegais da polícia, proteger a privacidade das vítimas e incentivar que as instituições estaduais e federais ajam de acordo com os mesmos padrões jurídicos. De acordo com o seu ponto de vista, a revisão dos julgados, com a aplicação retroativa do entendimento firmado, levaria a um incomensurável aumento de trabalho para a administração da justiça e, ainda, a uma quebra de confiança dos órgãos do Estado na doutrina criada em torno do caso *Wolf v. Colorado* (que foi superada pela decisão em *Mapp v. Ohio*) (apud MARTINS; MENDES, 2005).

Para situar melhor a questão, faz-se necessário demonstrar as circunstâncias que levaram à condenação de Dolree Mapp. A polícia adentrou sua residência, malgrado não dispor de mandado de busca e apreensão, colheu algumas evidências do crime e, com base nessas provas, a 1ª instância o condenou. A Suprema Corte, contrariando o julgado, declarou que a “regra de exclusão” que veda o uso de provas obtidas ilicitamente pela Cortes federais deveria ser estendida também às Cortes estaduais. Foi criada grande controvérsia em torno da decisão, mas os defensores da tese afirmavam que a única forma de assegurar que as provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas seria estender a proibição para os tribunais estaduais, de maneira que, naqueles Estados em que não houvesse sido respeitado tal princípio, era conferido o direito de *habeas corpus* (MARTINS; MENDES, 2005, p. 437).

Observe-se, contudo, que tal determinação só foi respeitada naqueles casos em que não havia condenação definitiva. Uma vez que, conforme noticiado no caso *Linkletter v. Walker*, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Lousiana requereu o direito de *habeas corpus*, com sustentação na decisão de *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte, contrariando a sua concepção tradicional, decidiu contrariamente à aplicação retroativa da condenação da Corte estadual que se tornou definitiva antes da formação do aludido precedente.

A justificativa para o indeferimento do *writ* pela Corte Suprema americana no julgamento foi a seguinte:

Uma vez aceita a premissa de que não somos requeridos e nem proibidos de aplicar uma decisão retroativamente, devemos então sopesar os méritos e deméritos em cada caso, analisando o histórico anterior da norma em questão, seu objetivo e efeito, e se a operação retrospectiva irá adiantar ou retardar sua operação. Acreditamos que essa abordagem é particularmente correta com referência às proibições da 4ª Emenda, no que concerne às buscas e apreensões desarrazoadas. Ao invés de 'depreciar' a Emenda devemos aplicar a sabedoria do Justice Holmes que dizia que 'na vida da lei não existe lógica: o que há é experiência' (United States Report, 381: 629). (apud MARTINS; MENDES, 2005, p. 438)

À frente destacou-se que

A conduta imprópria da polícia, anterior à decisão em *Mapp*, já ocorreu e não será corrigida com a soltura dos prisioneiros envolvidos. Nem sequer dará harmonia ao delicado relacionamento estadual-federal que discutimos como parte do objetivo de *Mapp*. Finalmente, a invasão de privacidade nos lares das vítimas e seus efeitos não podem ser revertidos. A reparação chegou muito tarde (United States Report, 381: 637) (apud MARTINS; MENDES, 2005, p. 439).

A jurisprudência americana, a partir de então, passou a admitir ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospectivity overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem (PALU, 2001).

São as lições de Osvaldo Palu (2001, p. 173) que estão transcritas abaixo:

[...] justamente do país que estabeleceu a regra da nulidade absoluta da lei inconstitucional e da eficácia *ex tunc* dos julgamentos vem agora a técnica, sobretudo da *limited prospectivity*, a dispor que a sentença é aplicável somente aos processos iniciados após a decisão, inclusive afetando o processo que originou a questão; já a *prospectivity overruling*, ou *pure prospectivity*, exclui toda a retroatividade não se aplicando ao processo de origem.

Siqueira Castro (1995, p. 104) dispõe que a noção de ineficácia absoluta da lei inconstitucional e da conseqüente e peremptória retroação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade já não mais prevalece em virtude do “[...] fecundo processo de *mutação constitucional* que permite a adequação da bicentenária Constituição *yankee* às realidades emergentes e tão diversas daquela que pautaram a cultura social e política dos convencionais de Filadélfia nos idos de 1787[...].” Concluindo que se admitem “[...] temperamentos que distensionam o sistema jurídico, com isso

evitando-se a perpetração de injustiças e ensejando soluções pontuais mais razoáveis e consentâneas com o conjunto de interesses tutelados pela ordem constitucional” (1995, p. 104).

Temos, então, que o sistema paradigma da nulidade absoluta das leis inconstitucionais evoluiu passando a admitir a limitação da eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade, inclusive que a declaração de inconstitucionalidade gere efeitos apenas para o futuro.

3.3.2 Alemanha

Não há dúvidas de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional predomina no sistema alemão, mas a consideração de inúmeros fatores levou o *Bundesverfassungsgericht* a afastar, em muitos casos, a sanção da nulidade das leis contrárias à Constituição federal e substituir, com coragem, o rigoroso esquema inconstitucionalidade-nulidade por instrumentos de decisão mais pragmáticos (MEDEIROS, 1999).

Já no início do Século XX, a doutrina alemã sentia certa necessidade nesse sentido, existindo uma preocupação com a adoção pura e simples, pela jurisdição constitucional, das formas de decisões consagradas pela jurisdição ordinária (MARTINS; MENDES, 2005, p. 446).

Entre as novas técnicas utilizadas pelo Tribunal de Karlsruhe, estão as decisões de incompatibilidade e as apelativas. Assim, para afastar as conseqüências perigosas de certas declarações de nulidade, esse tribunal começou por recorrer a construções pouco convincentes inicialmente, tentando demonstrar que a lei, ao tempo da decisão, ainda não era inconstitucional. Mais adiante, passa a proferir, além das sentenças apelativas, decisões em que a lei sindicada, embora não seja declarada nula, ofende a Constituição (MEDEIROS, 1999).

A distinção entre os tipos de decisão nem sempre é clara, mas podemos dizer que, enquanto a lei declarada incompatível com a Constituição é considerada inconstitucional no momento da decisão do Tribunal Constitucional, na decisão apelativa, o tribunal não formula um juízo atual de inconstitucionalidade e limita-se a referir a possibilidade de a lei vir a ser no futuro considerada inconstitucional (MEDEIROS, 1999). Vejamos:

A recusa em proferir uma decisão de inconstitucionalidade pode verificar-se, não apenas quando se conclui que a lei ainda não padece de facto de qualquer inconstitucionalidade (*perspectiva dinâmica*), mas também quando, por consideração de outros interesses constitucionalmente relevantes, se verifica que o vício não deve ainda ser declarado (*perspectiva tolerante*) (MEDEIROS, 1999, p. 676).

Nesse sentido, a Corte Constitucional reconhece que o ato normativo não se tornou ainda inconstitucional clamando o apelo ao legislador a que proceda, às vezes delimitando um prazo, à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional (MARTINS; MENDES, 2005).¹¹²

Ao lado da declaração de nulidade o Tribunal desenvolveu outra variante da decisão, conhecida como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ou simplesmente declaração de incompatibilidade. Ponto de partida para o seu desenvolvimento foi a chamada “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade” que se verifica “[...] quando a lei, de forma arbitrária, concede benefício a determinado grupo de cidadãos, excluindo expressa ou implicitamente, outros segmentos ou setores (v.g., benefício sociais, salários ou vencimentos, subvenções etc)” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 453).

A jurisprudência do tribunal, no entanto, não se restringiu a esses casos e identificou a necessidade de estender o uso da referida técnica em outras hipóteses, como, na omissão legislativa (não se pode declarar a nulidade da lacuna) e sob o argumento das conseqüências da declaração de nulidade (as chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras), “[...] que poderiam, em caso de pronúncia de nulidade, ter sérias

¹¹² Ressaltamos que “O ‘apelo’ para que se corrija uma *situação ainda constitucional (noch Verfassungsmäßige Rechtslage)*, antes que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 451).

conseqüências, ensejando mesmo eventual *caos jurídicos*” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 459).

Dizemos isso, pois, a declaração de nulidade pode levar a uma minimização, ao invés de uma otimização na concretização da vontade constitucional. “A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 459-460).¹¹³

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal nesta matéria pode dividir-se em três períodos: na primeira fase, entre 1958 e 1970, marcada por uma grande insegurança terminológica e dogmática, a declaração de incompatibilidade tinha caráter excepcional; entre 1970 e 1982 caracterizou-se por uma crescente utilização da declaração de incompatibilidade; e a fase atual, após 1982, é caracterizada pelo uso mais moderado da declaração de incompatibilidade (MEDEIROS, 1999, p. 678).

Dispõe, ainda, Medeiros (1999) que após a modificação introduzida em 21 de dezembro de 1970, a Lei do Tribunal Constitucional deixou de ignorar o fenômeno. Só que, na oportunidade, não se conseguiram impor as propostas mais audazes de consagrar expressamente limites à retroatividade das decisões de inconstitucionalidade (principalmente, em matéria de impostos) ou de conferir ao *Bundesverfassunggricht* competência para limitar os efeitos da declaração de nulidade.

É indiscutível que a revisão de 1970 traduz o reconhecimento pelo legislador de que o Corte Constitucional pode, em determinadas situações, afastar a declaração de nulidade, entretanto não é menos verdade que a lei nem sequer indica os casos e as circunstâncias susceptíveis de justificar o recurso à declaração de incompatibilidade (MEDEIROS, 1999).¹¹⁴

¹¹³ Acentua Medeiros (1999, p. 677), contudo, que o primeiro ponto a sobressair, quanto às decisões de incompatibilidade, é a incerteza que as rodeia: “É significativo, que, ao escrever em 1988 sobre o tema, Peter Hein afirme que continuam por esclarecer o âmbito de aplicação e as conseqüências jurídicas da declaração de incompatibilidade”.

¹¹⁴ Walter Jellinek (apud MARTINS, MENDES, 2005) defendia que a prescrição do art. 13, II, da Constituição de Weimar deveria ser limitada, na medida em que o Tribunal Constitucional só deveria optar pela pronúncia de nulidade da lei se tal opção se mostrasse adequada para a resolução da controvérsia. Como no caso em que existisse norma jurídica capaz de regular as situações jurídicas evitando lacuna do ordenamento jurídico com a declarada de inconstitucional da lei e pronúncia de

Declara Triepel (apud MARTINS; MENDES, 2005) sobre a natureza e o desenvolvimento da jurisdição estatal, que quanto mais política fosse determinada questão submetida à jurisdição constitucional, mas pareceria imprópria a utilização do processo judicial comum. Ressalta o autor que “Quanto menos se falar de processo, de ação, de condenação e de cassação de atos estatais, mais fácil será a resolução, na via judicial, das questões políticas, que, ao mesmo tempo, são questões jurídicas” (p. 446). Nessa esteira, em nenhum outro sistema, foram desenvolvidas tantas técnicas de decisão, aptas a afastar a aplicação tradicional do princípio da nulidade da lei inconstitucional, como no sistema tedesco (MARTINS; MENDES, 2005).

Apesar do princípio da nulidade da lei inconstitucional assumir *status* constitucional,¹¹⁵ adquiriu destaque, no Direito alemão, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, como técnica alternativa de decisão, utilizável nas situações em que a declaração de nulidade não se apresentasse aconselhável (omissão parcial, exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia) ou fosse incompatível com a segurança jurídica (ameaça de caos jurídico, lacunas ameaçadoras) (MARTINS; MENDES, 2005).

3.3.3 Portugal

O sistema jurídico português prevê, expressamente, a possibilidade de o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos

sua nulidade. Com efeito, o mesmo autor acentuava que, se a pronúncia de nulidade acarretasse um vazio legislativo, de que adviesse grande prejuízo, o tribunal deveria se abster de decretar a nulidade, como no caso de lei eleitoral que contrariasse o art. 17 da Constituição de Weimar (princípio da eleição proporcional), uma vez que a conseqüência geraria o caos, na medida em que o Estado-membro não teria uma lei eleitoral.

¹¹⁵ Cumpre informar, contudo, que o postulado da nulidade da lei inconstitucional vem sendo combatido nos tempos atuais, sobretudo sob o argumento de que o dever imposto ao juiz para submeter a questão à Corte Constitucional, no controle concreto de normas (Lei Fundamental, art. 100, I), estaria a demonstrar que as leis inconstitucionais não são nulas *ipso jure*, pois sustenta-se que o juiz não poderia, no caso da nulidade, ainda estar vinculado à lei ou obrigado a submetê-la ao Tribunal Constitucional (MARTINS; MENDES, 2005).

do art. 282 (4), da Constituição da República Portuguesa (2000, p. 113), *in verbis*:

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. 1 e 2.

Segundo Medeiros (1999) o instituto vem sendo bastante utilizado desde sua adoção. Entre 1983 e 1986, aproximadamente um terço das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral teve efeitos restritos. Persistindo essa tendência entre 1989 e 1997, visto que, das 50 declarações de inconstitucionalidade proferidas em controle abstrato de normas, pelo menos 18 tiveram os seus efeitos limitados.

Jorge Miranda (2003) sustenta que uma norma como a do art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa é uma espécie de válvula de segurança do próprio sistema fiscalização, por isso aparece em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência. Em sua argumentação, utiliza ainda dos seguintes argumentos:

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado (2003, p. 512).

É importante observar que, aparentemente, o constituinte português previu, além das razões estritamente jurídicas – segurança jurídica e equidade –, uma disposição justificadora da limitação de efeitos também de caráter político – o interesse público de excepcional relevo (MEDEIROS, 1999). Embora todas as três justificativas sejam cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, o que se ressalta, na visão da jurisprudência e da doutrina portuguesa, não justifica a tomada de medidas arbitrárias, pois o tribunal está limitado ao princípio da proporcionalidade (MARTINS;

MENDES, 2005, p. 443).¹¹⁶

Na visão de Medeiros (1999), por seu turno, ao contrário do que foi imaginado, o conceito indeterminado relativo ao *interesse público de excepcional relevo* não é mero conceito de índole política, não contrariou qualquer intenção restritiva, nem teve o objetivo de substituir a constitucionalidade estrita por uma constitucionalidade política ou mesmo de colocar a razão de Estado em lugar da razão de lei. Para ele, tal conceito surgiu da percepção de que, a segurança jurídica e a equidade, não exauriam o universo dos valores do direito que, em situações excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos.

3.3.4 Espanha

A Corte Constitucional espanhola, fortemente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, embora nem a Constituição nem

¹¹⁶ A esse respeito, Rui Medeiros (1999) aponta que as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Em sua visão, a proporcionalidade, em sentido estrito, ganha especial destaque, “A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, nesse segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as conseqüências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre o interesse afectado pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em conseqüência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repressinatória. Todavia, ainda quanto a esta terceira vertente do princípio da proporcionalidade, não é constitucionalmente indiferente perspectivar o problema das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade do lado da limitação de efeitos ou do lado da própria declaração de inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* tem, manifestamente, prioridade de aplicação. Todo o sistema de fiscalização de constitucionalidade português está orientado para expurgação de normas inconstitucionais. É, aliás, significativa a recusa de atribuição de força obrigatória geral às decisões de não inconstitucionalidade. Não basta, pois, afirmar que ‘o Tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica – que a eficácia *ex tunc* da declaração plenamente potencia – com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança – que a retroatividade, em princípio, acarreta (Acórdão do Tribunal Constitucional n. 308/93)’. É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e repressinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou do interesse público de excepcional relevo” (1999, p. 703-704).

a lei orgânica do tribunal previssem uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos (MARTINS; MENDES, 2005).

García de Enterría (1992) reporta a famosa sentença de 45/1989, de 20 de fevereiro de 1989, acerca da inconstitucionalidade do sistema de liquidação conjunta do imposto sobre a renda da unidade familiar, que, inovando na determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, estabelece eficácia *pro futuro*, não permitindo reabrir as liquidações administrativas ou dos próprios contribuintes anteriores. Enterría (1992, p. 5) anuncia:

La decisión es importante, em efecto, por su fondo, a inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora discrepancia alguna. Pero me parece bastante más importante aún por la innovación que ha supuesto em la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo 'que se indica en el Fundamento undécimo' y éste explica como una eficacia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas e de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores. La lectura detenida de esse fundamento acredita que se trata de la primeira Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que acoge com plena consciencia la doctrina de la llamada por el Tribunal Supremo americano 'prospectividad' del fallo (efectos a partir de la fecha de éste), frente a la tradición de la 'retroatividad' de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley (la Sentencia 'descubre' um vicio originário em la Ley que la da por nula o inexistente desde su origen, lo que revisitar todas las aplicaciones pasadas de la misma).

Nesse passo, a Corte Constitucional tem declarado a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de dispositivos constantes de leis orçamentárias. Assentou na STC 13/92/17 que “[...] a anulação dessas dotações orçamentárias poderia acarretar graves prejuízos e perturbações aos interesses gerais, também na Catalunha, afetando situações jurídicas consolidadas e particularmente a política econômica e financeira do Estado” (apud MARTINS; MENDES, 2005, p. 442).

3.3.5 Áustria

No ordenamento austríaco, a anulação da lei inconstitucional tem, em regra, eficácia *ex nunc* e, ao contrário do tradicional modelo norte-americano, não reconhece o

caráter meramente declaratório à pronúncia de inconstitucionalidade e sim o constitutivo, de maneira que, em 1932, anuncia o *Verfassungsgerichtshof* que “[...] uma lei contrária à Constituição não é inválida, ou melhor, não é absolutamente nula, mas sim um ato inconstitucional que preserva a força jurídica até a sua cassação” (apud MARTINS; MENDES, 2005, p. 438). Nesse modelo a norma inconstitucional é considerada perfeitamente válida e eficaz até o momento em que for publicado, sem força retroativa, o pronunciamento da Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1999).

117

A cassação (ou anulação) da lei inconstitucional pode ser total ou parcial. A interpretação, conforme a Constituição, também é utilizada pela Corte Constitucional, retirando-se a possibilidade de aplicação da lei, como foi apontado pela Corte. Em razão disso, afirma-se que o *Verfassungsgerichtshof* exerce papel de legislador negativo. Em determinadas situações, o tribunal, extrapolando o seu papel de legislador negativo, fixa a única interpretação compatível com a Constituição (MARTINS; MENDES, 2005).

¹¹⁷ Critica Cappelletti (1999, p. 120-121) afirmando que “[...] é preciso não esquecer que nos processos 'comuns' (civis, penais, administrativos), pendentes perante os 'normais' órgãos judiciários, sempre se discute sobre direitos, sobre deveres, sobre status ou sobre responsabilidades que derivam de determinados fatos acontecidos no passado. Estes fatos – contratos, atos ilícitos, etc. – produzem, no entanto, determinados deveres ou direitos e determinados status ou responsabilidades, porque assim dispôs uma norma eficaz no momento em que os fatos mesmos se verificarem (e, por conseguinte, em um momento anterior à fase da tutela jurisdicional). Admitamos, então, a hipótese de que a norma jurídica fosse inconstitucional: nesse caso, no sistema norte-americano (segundo a interpretação jurisprudencial tradicional) e, igualmente, hoje, nos sistemas italianos e alemão, esta norma jurídica, justamente porque inconstitucional, era ineficaz mesmo antes que a inconstitucionalidade fosse declarada em sede de judicial review; ela era, pois, ineficaz também em relação aos fatos verificados antes do controle judicial de constitucionalidade. No sistema austríaco, ao invés, a norma inconstitucional, repito, é considerada perfeitamente válida e eficaz até o momento em que for publicado sem força retroativa, o pronunciamento da Corte Constitucional, de modo que os fatos, deduzidos em processos pendentes perante o *Oberster Gerichtshot* e o *Verwaltungsgerichtshot*, foram – à época em que se verificaram – válida e eficazmente disciplinados pela norma inconstitucional. De tudo isto resultaria a conseqüência, perfeitamente lógica e coerente em teoria, mas, evidentemente, absurda e inaceitável na prática, de que o pronunciamento da Corte Constitucional não poderia ter qualquer eficácia justamente em relação aqueles casos concretos, pendentes perante os *Oberster Gerichtshot* ou o *Verwaltungsgerichtshot*, no curso dos quais tenha surgido a questão constitucionalidade. Exatamente para obstar esta absurda conseqüência, o sistema austríaco tal como foi reformado em 1929 – que repita-se, é o sistema ainda hoje vigente na Áustria – admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segundo a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema reformado de 1919 admitiu que – limitadamente ao caso concreto, por cuja ocasião tenha surgido em 'via de exceção', a questão da constitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento”.

A decisão de pronúncia de nulidade de lei tem eficácia *ex nunc* (a contar da data da publicação do julgado), salvo se o tribunal estabelecer prazo distinto para a entrada em vigor da cassação (art. 140, § 5, 2º período), o que quer dizer fixar uma data posterior para o início da sua eficácia, respeitando o limite de 18 meses que não poderá ser excedido (art. 140, § 5, 3º período) (MARTINS; MENDES, 2005).

Enfatizamos porém, nas linhas propostas por Medeiros (1999), que a possibilidade de limitar os efeitos da anulação não deve ser vista como um prêmio atribuído ao legislador pela violação do dispositivo constitucional e não tem na sua base simples considerações político-legislativas. A *Fristbestimmung* tem por escopo evitar lacunas que poderiam advir de uma simples anulação da lei e possibilitar ao legislador a aprovação em tempo útil de uma regulamentação conforme a Constituição, residindo a justificação da continuidade da fixação de um prazo para a cessação da vigência da norma inconstitucional na idéia de continuidade da ordem jurídica e na preocupação de evitar vazios no ordenamento. O prazo serve, pois, para atribuir tempo ao legislador para aprovação de nova legislação (MEDEIROS, 1999).

Em que pesem as justificativas apresentadas, a jurisprudência do Tribunal Constitucional revela uma utilização muito freqüente e indiferente do *Fristsetzung*, com a fundamentação se limitando a invocar a previsão constitucional (MEDEIROS, 1999). De outra parte afirma o autor que “[...] além da freqüência com que se retarda a cessação da vigência da norma ilegítima, a jurisprudência constitucional lança muitas vezes mão do prazo máximo previsto na Constituição” (p. 682). Na prática, malgrado as vozes dissonantes de parte da doutrina, parece que o instrumento é utilizado, sem qualquer critério objetivo, acabando por ser utilizado para evitar que a anulação de uma lei conduza a lacunas politicamente graves. Nessa medida “[...] ele assumia cada vez mais a fisionomia de um poder amplamente discricionário do juiz constitucional” (MEDEIROS, 1999, p. 682).

Inicialmente, o Tribunal Constitucional só poderia admitir a vigência de uma lei inconstitucional por um período não superior a seis meses; na revisão de 1929, apesar da introdução do efeito repristinatório, alargou-se o prazo para um ano e, mais recentemente, por força de uma *Bundesverfassungsgesetz* de 1992, para 18 meses (MEDEIROS, 1999).

O sistema austríaco, por outro lado, evolui e passou a admitir uma parcial atenuação da concepção segundo a qual é negada qualquer retroatividade aos pronunciamentos do Tribunal Constitucional. Com efeito, após o pronunciamento da Corte, a lei contrária à Constituição pode não ter aplicação inclusive com relação aos fatos anteriores verificados no caso concreto em que foi suscitada a questão constitucional (CAPPELLETTI, 1999). É dizer, a decisão de inconstitucionalidade pode ter eficácia retroativa em relação ao caso concreto que esteve na base do controle de constitucionalidade e no bojo do qual o tribunal optou pela anulação com eficácia *ex tunc*. A esse respeito assim pontua Medeiros (1999, p. 681):

No ordenamento austríaco, a anulação da lei inconstitucional tem, em regra, eficácia *ex nunc*. Mas esta regra não vale ilimitadamente. Já se disse atrás que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa em relação ao caso que esteve na base do controlo concreto da constitucionalidade da lei (entendido em termos amplos) e que o Tribunal Constitucional pode ainda optar com eficácia *pro praeterito*.

Destacamos a crítica formulada por Cappelletti (1999) afirmando que a solução encontrada pode se transformar em grande disparidade de tratamento entre os cidadãos, porque, se, por um lado, privilegia as partes do processo no curso do qual foi argüida a questão constitucional, por outro, não tem qualquer efeito sobre possíveis casos análogos, pendentes, cuja decisão continuará a ser regida pela norma considerada inconstitucional.

O exemplo austríaco bem demonstra que a regra da eficácia *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade também sofreu relevantes mudanças. Estabeleceu-se que a regra de eficácia *pro futuro* da anulação não vale ilimitadamente, pois, além da possibilidade de o Tribunal Constitucional optar pela anulação com eficácia *pro praeterito*, ainda que com ressalva dos casos julgados, a decisão de inconstitucionalidade pode ter eficácia retroativa em relação ao caso que esteve na base do controle de constitucionalidade. E, ainda, mais recentemente, nos termos da jurisprudência da Corte, o chamado caso pretexto não se limita àquele que deu ensejo à instauração de um processo de apreciação de lei, mas também constitui caso pretexto aquele que estava pendente no Tribunal Constitucional na altura da audiência oral ou, na falta desta, no início da deliberação não pública (MEDEIROS, 1999), perdendo o significado, portanto, a crítica do autor italiano.

3.3.6 Itália

Até um passado próximo, as *senteze di accoglimento* deveriam retroagir.¹¹⁸ Todavia, nessa altura, uma rigorosa solução, em matéria de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, suscitava dificuldades. Os juízes constitucionais, em casos extremos, ultrapassaram-na por meio de recurso a um expediente nada ortodoxo, retardar a data de publicação da decisão de inconstitucionalidade, para que o Governo, informado imediatamente da decisão, tomasse as medidas necessárias (MEDEIROS, 1999).

Mas o caráter insatisfatório dessa manobra fez com que a Corte Constitucional, sobretudo a partir da segunda metade dos anos 80, procurasse limitar os efeitos negativos das decisões de inconstitucionalidade, mediante a utilização de técnicas decisórias. Entre elas, há duas que merecem destaque: a) a técnica da *incostituzionalità sopravvenuta* em sentido amplo ou *differita*; b) a técnica da *doppia pronuncia* (MEDEIROS, 1999).

Medeiros (1999, p. 684) explica:

A primeira técnica de decisão é um instrumento particularmente adequado à limitação do alcance da sentença de acolhimento na sua vertente *pro praeterito*. A segunda, por seu turno, permite evitar os efeitos negativos *pro futuro* de uma eventual declaração de inconstitucionalidade.

Sobre esta última a Corte começa por proferir uma decisão de constitucionalidade provisória ou, se quiser, uma decisão de *infondatezza* ou de *inammissibilità esortative* ou *monitirie*, na qual, à maneira de uma “crônica de uma inconstitucionalidade anunciada”,¹¹⁹ adverte o legislador na fundamentação para a possibilidade de um ulterior juízo de inconstitucionalidade, deixando para o momento posterior, e caso o vício se mantenha, a declaração de inconstitucionalidade da norma (MEDEIROS, 1999).

¹¹⁸ Anote-se que, na Assembléia Constituinte, foi apresentada uma proposta de atribuição à Corte Constitucional de estender a vigência da lei inconstitucional por um período até seis meses, mas a proposta foi rejeitada, sob o argumento que uma regra como essa criaria “[...] uma situação inadmissível e absurda” (MEDEIROS, 1999, p. 683).

¹¹⁹ Expressão utilizada por Beniamino Caravita (MEDEIROS, 1999).

Acentua, contudo esse autor que “[...] as técnicas referidas não constituem necessariamente uma forma de limitação das conseqüências da decisão de inconstitucionalidade. O que acontece é tão-somente que elas são por vezes utilizadas para alcançar tal desiderato” (1999, p. 684).

Medeiros (1999, p. 684) censura ao afirmar que:

[...] embora nos casos de verdadeira inconstitucionalidade superveniente ou deslizante não haja limitação de efeitos, a excessiva ampliação dessa figura transforma-a numa espécie de *passee partout* de confins nebulosos utilizado para restringir os efeitos das decisões de acolhimento.

Continua sua crítica com relação à técnica do *doppia pronuncia* ou de *constituzionalità provvisoria*

Trata-se de uma técnica que, na perspectiva dos seus efeitos, está mais próxima das decisões apelativas alemãs do que das decisões de incompatibilidade também proferidas pelo *Bundesverfassunggricht*, pois não envolve por definição qualquer bloqueio de aplicação da norma. E, à maneira das decisões apelativas do Tribunal Constitucional Federal alemão, é uma técnica utilizada, tanto em casos em que a norma ainda é conforme com a Constituição, como em hipóteses em que, apesar da existência de inconstitucionalidade, se pretende evitar um resultado ainda mais inconstitucional. Ou seja, além das verdadeiras sentenças de constitucionalidade provisória, este tipo de decisão serve também para proferir sentenças de inconstitucionalidade *aceertata ma non dichiarata* (1999, p. 685)

3.3.7 Direito comunitário e Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O n.º 2 do art. 174 do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Européia, confere ao Tribunal de Justiça, em caso de procedência de um recurso contra um regulamento comunitário, o poder de fixar os efeitos da invalidade. Medeiros (1999, p. 686), citando João Mota de Campos, sustenta:

Os autores dos tratados acharam conveniente limitar as perturbações que poderiam resultar do completo restabelecimento do *stato quo ante*, permitindo ao Tribunal decidir, *quando considerar necessário*, que não sejam postos em causa certos efeitos produzidos pelo acto impugnado.

Anotamos que essa previsão é interpretada extensivamente e aplicada forma analógica pelo Tribunal de Justiça, e há três situações que merecem destaque: a) embora o Tratado se refira apenas aos regulamentos, a jurisprudência aceita, sem dificuldades, restringir igualmente os efeitos da decisão de invalidade de uma *directiva comunitária*; b) o Tribunal de Justiça estende a faculdade que lhe confere o art. 174º aos casos em que é chamado para julgar questão prejudicial da validade de um ato comunitário; e c) o Tribunal de Justiça admite, inclusivamente, uma limitação pro futuro dos efeitos da anulação. Nesse último caso, podemos citar, como exemplo, a decisão do Tribunal ao apreciar a diretiva que concretizou e regulamentou o direito de residência de estudantes nacionais de um Estado-membro (MEDEIROS, 1999).

A Corte de Justiça constatou que a anulação pura e simples da diretiva impugnada poderia prejudicar o exercício de um direito que decorria do próprio Tratado de Roma, mais precisamente do direito de residência dos estudantes com vista a uma formação profissional. Além do mais, considerou o fato de que o conteúdo normativo essencial da diretiva não estava em questão. Sob esta perspectiva, o Tribunal de Justiça concluiu, por razões de segurança jurídica, que se mantivessem, provisoriamente, todos os efeitos da diretiva anulada, até que o Conselho a viesse substituir por uma nova directiva apoiada em base jurídica adequada (MEDEIROS, 1999).

Garcia de Enterría (1992) traz como exemplo o caso *Defrenne*, de 8 de abril de 1976, no qual o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia considerou incompatível com o Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, a legislação belga que adiou o termo inicial da aplicação do princípio da igualdade entre os trabalhadores do sexo masculino e feminino, cuja vigência haveria de ter início em 1º de janeiro de 1962. No caso, tendo em vista os possíveis efeitos maléficos para a atividade econômica, houve por bem o Tribunal de Justiça da Comunidade declarar a não-aplicação da norma nacional com *eficácia ex nunc*.¹²⁰

¹²⁰ Garcia de Enterría (1992) aponta que, nesses casos, não se tratava de aplicar o art. 174, parágrafo único do Tratado, mas, sim, constituía-se uma questão prejudicial relativa à aplicação direta do disposto no art. 119 do Tratado da CEE (igualdade de remuneração entre homens e mulheres) em face da legislação belga.

Énterría (1992, p. 7) dispõe acerca da aplicação do efeito prospectivo, no referido julgado:

Considera, en primer término, la trascendencia extraordinaria que la declaración de aplicación directa del artículo 119 del Tratado desde 1962 pudiera tener en sectores económicos o empresas, “dado el número elevado de personas interesadas”. Y añade: “Si las consecuencias prácticas de toda decisión judicial deben ser cuidadosamente sopesadas, **ello no podría llevar, sin embargo, a doblegar la objetividad del Derecho y comprometer su decisión futura en razón de las repercusiones que una decisión de justicia pueda implicar para el pasado**”.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Markx*, em 13 de junho de 1979, adotou orientação semelhante, considerando incompatível com o Convênio Europeu de Liberdades e Direitos Humanos, aprovado em Roma em 1959, a norma do Código Civil da Bélgica que conferia aos filhos fora do casamento direitos sucessórios diversos dos atribuído aos filhos legítimos. Tendo em vista, porém, a repercussão da decisão sobre situações consolidadas, atribuiu-se à decisão eficácia *ex nunc*. Assim relata Enterría (1992, p. 8):

La Sentencia del Tribunal Europeu invoca la doctrina **Defrenne**, que há quedado expuesta, y de la cual recoge dos afirmaciones: que “las consecuencias prácticas de toda decisión jurisdiccional deben ser ponderadas con cuidado”, pero que, en cualquier caso, “no podrá llegarse hasta doblegar la objetividad del Derecho y comprometer su aplicación futura en razón de las repercusiones que una decisión de justicia pueda implicar para el pasado”. El Tribunal de Derechos Humanos, citando los anteriores términos, invoca, además, “**el principio de seguridad jurídica, necesariamente inherente al Derecho del Convenio** (Europeo de Derechos Humanos)” (invocación también presente en la Sentencia española, como se notará), lo que “**dispensa al Estado belga** (condenando en el caso) **de poner en cuestión actos o situaciones jurídicas anteriores al fallo de la presente Sentencia**”.

É possível, agora, já na posse de alguns significativos elementos de Direito estrangeiro, regressar ao Direito Constitucional nacional, o que se fará o capítulo seguinte.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Os tribunais são órgãos constitucionais aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional exercida por juízes. Organizatória e funcionalmente, o Poder Judiciário é, portanto, “separado” dos outros poderes. A “separação” do Poder Judicial desempenha, como se irá ver, duas funções: “[...] (1) garantir a *liberdade*, pois não há liberdade quando existir a concentração ou confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem julga; (2) garantir a independência da magistratura, pois só magistrados independentes podem assegurar a justiça em liberdade” (CANOTILHO, 2000, p. 657-658).

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal. O STF é composto por 11 Ministros, brasileiros natos, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O tribunal indica um de seus Ministros para compor o Conselho Nacional de Justiça e três para formar o Tribunal Superior Eleitoral.

O seu presidente e vice-presidente são eleitos pelo tribunal, dentre os ministros. São órgãos do tribunal o Plenário, as Turmas e o Presidente. As Turmas são constituídas de 5 ministros. O ministro mais antigo, integrante da Turma, é o seu presidente. Ao deixar o cargo, o presidente do STF passa a integrar a Turma de que sai o novo presidente. O ministro eleito vice-presidente, permanece em sua Turma.¹²¹

Além da tradicional função jurisdicional, no mundo pós-liberal, tem-se constatado que as atribuições dos tribunais vêm se ampliando, como as do Supremo Tribunal Federal, que transformou o seu papel de guarda e fiscalização da Constituição em algo extremamente mais complexo. Passaram, de legislador negativo, a atores

¹²¹ Cf. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

diretos e significativos no processo de realização da Constituição e do sistema jurídico, o qual veio a ampliar suas tradicionais tarefas (o ativismo judicial é sua melhor expressão), daí o envolvimento em diversas novas ações, entre elas, a provocação legislativa e administrativa e, eventualmente, a própria substituição do legislador ou do administrador omissos para zelar pela aplicação positiva da vontade constitucional e concretizar diretamente os direitos constitucionais de um indivíduo ou de uma coletividade.

Hoje, cada vez mais, se ressaltam outras funções do STF, corrigindo-lhe eventuais distorções, garantindo a supremacia das decisões constitucionais em frente às decisões políticas ordinárias, resguardando direitos e valores fundamentais e assegurar a realização dos parâmetros de Justiça substantiva incorporados pelo texto constitucional. As polêmicas atuais em torno da politização do judiciário e da judicialização da política passam necessariamente por essas temáticas.¹²²

4.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO

Neste ponto, podemos afirmar que “A jurisdição constitucional, conforme demonstrado, envolve toda a atividade jurisdicional que tenha por matéria de trato a interpretação e a aplicação da Constituição” (ZAVASCKI, 2001, p. 20-21).

E é a partir desse rico manancial que o presente estudo destaca e prioriza as questões relacionadas com os efeitos das decisões de inconstitucionalidade sob o enfoque oferecido pelo sistema brasileiro de guarda da Constituição, mais especificamente, pelo sistema de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Partimos da premissa de que a jurisdição constitucional é diferenciada, na medida em que não se está a defender direitos subjetivos do cidadão, mas o sistema

¹²² Angel Rafael Mariño Castellanos (Informação verbal).

constitucional objetivamente considerado.

Chama-se jurisdição constitucional por tratar da função jurisdicional que tem por escopo a defesa da imortalidade normativa e da indisponibilidade política da Constituição. Em torno disso, como já visto, existe uma processualística própria, em razão do seu objeto, que comporta fases, procedimentos e instrumentos genuínos, como existem na jurisdição ordinária. Objetividade e transcendência são as características mais marcantes dos assuntos que são discutidos no STF.¹²³

Acentuamos a existência, em alguns Estados, como Alemanha, Itália e Espanha, da criação de um Tribunal Constitucional, como órgão especializado, fora do Poder Judiciário, para a apreciação da questão constitucional. A idéia básica para a criação de um Tribunal Constitucional, na visão de Palu (2001, p. 134), foi a de “[...] evitar a interferência de um Poder sobre os demais tornando efetivo o controle de constitucionalidade”.¹²⁴

O Supremo Tribunal Federal, apesar de ser a última instância em matéria constitucional, não sustenta o título formal de Tribunal Constitucional como órgão desvinculado da estrutura do Poder Judiciário, pois o compõe (Constituição Federal, art. 92, inciso I). Mas entendemos que possui as mesmas atribuições conferidas à Corte Constitucional, na medida em que lhe é reconhecido o papel de interprete e guardião maior da Constituição.

¹²³ Convêm observar que não estamos negando o fato de que a questão constitucional é discutida, em nosso país, em todas as instâncias judiciais, constituindo-se uma verdadeira jurisdição constitucional disseminada. Daí dizer que no Brasil existem os dois modelos de controle judicial de constitucionalidade das leis, pois é possível que o juiz de qualquer grau de jurisdição aprecie a questão constitucional, bem como o STF, que tanto pode apreciá-la em sede de recurso extraordinário, ou por meio de um controle abstrato, prescindido de qualquer processo de índole subjetiva. Mas apenas na Corte Suprema a discussão relativa à validade e à aplicabilidade dos atos normativos, em face da Constituição ganha ares de objetividade e transcendência.

¹²⁴ Poder-se-ia dizer que se trata de uma espécie de 4º Poder, ou mesmo da volta de um Poder Moderador, no que não acreditamos. Primeiro, por entender exagerada a idéia de 4º Poder e, segundo, porque o Tribunal Constitucional foi criado para assegurar que os comandos constitucionais sejam igualmente vinculantes, respeitados e seguidos pelos três poderes e não para preservar o equilíbrio entre eles, que seria a idéia basilar de Poder Moderador, conforme colocar Bittencourt (1968, p. 28), ao afirmar que esse é “[...] investido da função de manter a ‘independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos’ [...] funcionando, no dizer do próprio Benjamim Constant, como ‘o poder judiciário de todos os outros poderes’. Ele constituía – segundo as lições de Visconde do Uruguai – ‘a suprema inspeção sobre os poderes Legislativos, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia’”.

Para compreendermos a função precípua do STF e das Cortes Constitucionais, de maneira geral, é necessário nos reportar ao conceito de Constituição formulado por Mariño Castellanos (2000), que adotamos no Capítulo 1: a Constituição, além de ser o documento normativo mais importante de um determinado Estado, de força jurídica suprema e de caráter vinculante para todos, também é entendida como lei fundamental do ordenamento jurídico que institui as bases políticas, econômicas, sociais e jurídicas de toda a sociedade e que constitui a fonte primária e legitimadora de toda criação e aplicação jurídica. Então a essência da Constituição radica em que é um regulador volitivo da sociedade e da organização política de um país em um momento histórico. Argumentos que lhe justificam a idéia de imortalidade normativa e indisponibilidade política.

Assim, a Constituição oficializa, legitima, resguarda, protege uma determinada visão de organização política, econômica, social e jurídica – juridicizando um verdadeiro paradigma político, ideológico e normativo a ser seguido.

Nessa perspectiva, é preciso admitir que as Cortes Constitucionais exercem imprescindível papel na manutenção do sistema constitucional. Não se restringe, portanto, os debates constitucionais ao texto normativo, senão ao modelo que a Constituição institucionalizou. Essa visão é que faz justificar a relevância política do STF ou mesmo de qualquer corte constitucional. Não é mais vista a Constituição apenas em sua perspectiva normativa, mas também em sua integralidade axiológica –teleológica. E é justamente isso o que deve resguardar o STF.¹²⁵

Assim como as outras Cortes Constitucionais, o STF deve fazer e faz (com todo risco que isso supõe de superpoder), é cuidar da Constituição em toda a sua integralidade. Essa responsabilidade é tamanha para o zelador do sistema político brasileiro. Nessa medida, a *politização do Judiciário* ou a *judicialização da política* não é fenômeno restrito ao Brasil. O mundo todo, por força da idéia de imortalidade da Constituição e por sua indisponibilidade política, passa, necessariamente, por

¹²⁵ Angel Rafael Mariño Castellanos (informação verbal). Uma questão constitucional discutida no STF, mesmo em controle concreto, tem a pretensão de preservar o *status quo*, embora não seja a intenção do autor do recurso, quando interpôs um recurso extraordinário. Entretanto, a Corte não tem que se limitar ao interesse subjetivo – que está em segundo plano – mas deve focar principalmente nas razões de ordem objetiva.

esse momento.¹²⁶

Cavalcanti (1966, p. 87) ensina que a Constituição

[...] define um sistema político e uma ordem social, somente removível [a princípio] pela substituição violenta do regime. Mas nada impede que, dentro dos princípios constitucionais, a legislação se ajuste às reformas sociais e às necessidades da evolução da conjuntura econômica, social e política.

Nessa medida, o autor dispõe que a evolução da conjuntura política, social e econômica deve ser considerada na apreciação da constitucionalidade das leis, no sentido que é “[...] um princípio fundamental que assegura a estabilidade das instituições através de um permanente ajustamento às exigências de uma transformação inevitável e às contingências de reformas econômicas inevitáveis em um mundo em evolução” (CAVALCANTI, 1966, p. 87).

Daí podem surgir as questões acerca da legitimidade democrática da politização do Judiciário, na medida em que, para se preservar a Constituição com a evolução da sociedade que instituiu, perpassa necessariamente pela análise de questões políticas.

Entendemos que as Cortes Constitucionais, de maneira geral, e em no nosso caso, o STF, têm legitimidade democrática para fazê-lo. Não porque estão legitimadas por uma lei, mas porque a sua legitimidade é imanente à idéia de constitucionalismo e à função do Poder Judiciário, que é preservar a “boa saúde” do sistema político-constitucional, preservando a unidade e a ordenação do sistema, evitando que o sistema constitucional derivado da Constituição seja distorcido, o que significaria o fim da indisponibilidade política.^{127 128}

¹²⁶ Angel Rafael Mariño Castellanos (informação verbal).

¹²⁷ Angel Rafael Mariño Castellanos (informação verbal). Cf Alexy e Bulyguin (2005) acerca da correção normativa e moral do sistema jurídico.

¹²⁸ Em sentido contrário Cf. Sarlet (2001) coloca que “Por mais que se tenha como correta a conhecida afirmação do Juiz Hughes, da Suprema Corte Norte-Americana, no sentido de que a Constituição é o que os Juizes dizem que ela é (The constitution is what the judges say it is), ela certamente não poderá justificar que se outorgue à Jurisdição Constitucional (ainda mais por lei ordinária) poderes de tal sorte amplos e discricionários, a ponto de colocar seriamente em risco a própria noção de que também os órgãos judiciais, quando atuantes na condição de intérpretes e garantes da Constituição, continuam sendo órgão constituídos e não constituintes”.

Em resposta a Doutrina antidemocrática ¹²⁹ – que entende que o Poder Judiciário não tem legitimidade para imiscuir-se em questões políticas – Bittencourt (1968, p. 22) relata que a essa objeção Neumann responde, com muita propriedade, recordando que

[...] o que caracteriza a democracia americana não é, propriamente, a intervenção do povo na feitura das leis, mas, sim, o respeito a certos direitos fundamentais e imutáveis da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário, justificando-se por essa forma, a supremacia dêste.

Entendemos no mesmo sentido e ainda que, na própria Carta de 1988, se encontram consagrados tais poderes. Assim, como o constituinte originário legitimou o Poder Legislativo para alterar a Constituição (Constituição Federal, art. 60, inciso I) – ter poder de adaptabilidade de sua vontade – não foi questionada tal legitimidade à Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nem mesmo aos demais legitimados para propor Emendas Constitucionais. Portanto, de igual maneira deve ser recebida, sem ressaltos, a interpretação dada à previsão constitucional de que o Supremo Tribunal Federal é intérprete e guardião máximo da Constituição (Constituição Federal, art. 102), no sentido de sua legitimidade politicamente abrangente. A verdadeira legitimidade democrática que possui o STF deriva, justamente, da vontade constituinte ao instituí-lo como soberano intérprete e zelador primeiro de sua vontade, expressa e contida na Constituição da República.¹³⁰

Outra circunstância que confere legitimidade ao STF – que chamamos de legitimidade por derivação – decorre do fato de os ministros do Pretório Excelso serem nomeados pelo Presidente da República (Constituição Federal, art. 84, XIV), após aprovação, precedida de argüição pública, do Senado Federal (Constituição Federal, art. 52, III). Parece-nos que a legitimidade do presidente é incontestável, da mesma forma como as dos componentes da Casa Legislativa. Com efeito, consagra-se a idéia de legitimidade por derivação, uma verdadeira transferência de

¹²⁹ Acerca da Doutrina antidemocrática expõe Lúcio Bittencourt (1968, p. 21) “Argüi-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição a eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular”.

¹³⁰ Angel Rafael Mariño Castellanos (informação verbal).

legitimação democrática.¹³¹

Outro ponto que legitima o STF está na conformação de suas decisões, que precisam demonstrar (e isso sempre acontece) a sua razoabilidade e a sua conveniência. Queiroz (2000, p. 162) aponta que “O facto de o Tribunal Constitucional não poder permanecer alheio ao conteúdo de suas decisões, representa um acréscimo de responsabilidade em relação à justiça ordinária”. Esse dever também o legitima.

Inúmeros são os métodos apontados aptos a serem utilizados pelo STF em sua atividade, mas há alguns especificamente empregados quando do exercício da jurisdição constitucional. Tavares (2007, p. 78-79) coloca que “É viável admitir uma prática da hermenêutica especificamente considerada. Isso ocorre por força da presença de uma série de ocorrências particulares que exigem uma consideração específica e própria no trato da norma constitucional”.

Nessa medida, a hermenêutica constitucional deve ser entendida a partir de duas premissas: (a) pelas peculiares características de seu objeto, isto é, o sistema constitucional; (b) pela responsabilidade política da Corte Constitucional. Essas duas premissas justificam uma maior liberdade hermenêutica do STF.¹³²

É preciso que se reconheça ao Supremo Tribunal Federal o poder de fazer interpretações extensivas, restritivas, de pensar como o constituinte e também de se afastar dele. A hermenêutica constitucional de nossos tempos é caracterizada pelos amplos poderes hermenêuticos das Cortes Constitucionais, por conseqüência do

¹³¹ Angel Rafael Mariño Castellanos (informação verbal). O Senado Federal, ao sabatinar, tem a responsabilidade de verificar se o indicado a ministro do STF está preparado para zelar não apenas pelo texto constitucional mas também pelo *modus* político, para que seja preservada a continuidade da Constituição e do sistema político, econômico e social ora consagrado.

¹³² Cristina Queiroz (2000, p. 303) acentua que “A interpretação constitucional implica uma *adaptação judicial*. Não apenas o reconhecimento da intrínseca adaptabilidade constitucional através da ‘discrecionabilidade legislativa’, mas ainda a sua adaptabilidade ‘a partir de fora’, isto é, genericamente, a partir do poder judicial. A interpretação de Marshall em *McCulloch v. Maryland* acentuara já essa idéia: ‘a Constituição foi pensada para durar para os anos vindouros e, em conseqüência, para ser adaptada às diferentes crises dos assuntos humanos’. A expressão ‘para ser adaptada’ parece sugerir que a Constituição deva ser modificada para ser aplicada a ‘novas’ situações para as quais a ‘Constituição originária’ não oferecia resposta adequadas. Mas o que Marshall pretendeu significar não foi isso. Antes, que a ‘mutação’ (ou se preferir, essa ‘mudança’) não procedia de elementos ‘externos’, mas do interior do próprio sistema ou, pelo menos, era admitida por este. A Constituição, falando estritamente, não se ‘adapta’ é *adaptável*”.

STF. Tais poderes hermenêuticos precisam ser reconhecidos com uma ampla margem de liberdade.

O Tribunal Constitucional é poder constituído com a responsabilidade de fazer com que a Constituição acompanhe os tempos, que ela corresponda à realidade política e social. Tem a responsabilidade de evitar, impedir que os agentes políticos a façam “a bola da vez”. Então, para evitar que a Constituição seja manipulada, exercem o controle dos atos do Poder Público.

Diante do quadro exposto, o Tribunal Constitucional não pode ser reduzido a intérprete de um texto normativo, visto que o conceito Constituição é mais do que isso. Em decorrência disso, a Corte Constitucional não pode estar presa à estrutura de pensamento formalista de um mero silogismo judicial (premissa maior, premissa menor).

A hermenêutica constitucional desses tempos é política, social e economicamente envolvida e correlacionada. Deve-se afastar aquela idéia de que o Tribunal Constitucional não pode, não pode. Claro que pode! O que ele não pode é acabar com o sistema político, mas “reinventar” a vontade constituinte por meio de uma leitura renovadora, ele pode. Quem delegou esses poderes foi o constituinte originário, quando o elegeu como intérprete e guardião superior da Constituição.¹³³

134

Queiroz (2000, p. 155) acentua que “A característica central do sistema jurídico situa-se agora na *actividade judicial*. É no poder judicial, na prática dos tribunais, que o direito desenvolve a sua função de garantidor da paz social”. Assim na passagem

¹³³ Em decorrência da delimitação do tema, não adentraremos na discussão sobre os limites hermenêuticos do Supremo Tribunal Federal, bem como nos “perigos” em se conferir poderes interpretativos tão amplos, mas deixamos registrada nossa opinião, no sentido de que é preferível uma Corte Constitucional ativa, com uma hermenêutica progressiva, evolucionista, construtivista, que conduza a preservação do sistema a um órgão limitado a uma interpretação formalista.

¹³⁴ O ativismo judicial é uma manifestação desse compromisso social, que hoje tem a hermenêutica constitucional. O resultado do que o STF faz é melhor do que se não fizesse, é um mal menor. Nesse sentido, coloca Gustavo Pedrollo (2005) “No Brasil, o controle de constitucionalidade exercido pelos juízes, tribunais e, principalmente, pelo STF, vem dando mostras da ocorrência do ativismo judicial na última década. O desnudamento do ativismo faz perceber o Judiciário como um poder cada dia mais partícipe das grandes decisões políticas, cada dia mais próximo e influente na realidade brasileira. Desta feita, apresenta-se, também no Brasil, o agigantamento do papel do órgão judicante.

do Estado de direito ao Estado social de direito, com efeito,

[...] o juiz não se limita unicamente a uma exegese puramente formal dos textos jurídicos, antes deve justificar (: fundamentar) o significado da norma jurídica e pô-la em harmonia com a nova realidade social, voltado a desenvolver a antiga função de 'mediador' entre os grupos e interesses, entre o direito e a justiça (QUEIROZ, 2000, p. 155).

Daí afirma Hesse (1991, p. 23) que uma mudança “[...] das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”.

Por fim cumpre destacar a observação feita por Otto Bachof (1994, p. 12) que “A jurisprudência constitucional pode, ela própria, contribuir em medida considerável para tornar viva a eficácia integradora da Constituição”.

E nessa inexorável relação da Constituição com o STF que surgem diversas técnicas de julgamentos no âmbito do processo constitucional – como a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade – que visam acima de tudo acautelar a nossa Lei Maior.

4.2 OS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Direito constitucional brasileiro foi influenciado precipuamente pela tradicional doutrina e jurisprudência norte-americana que defendia o dogma da nulidade da lei inconstitucional.

A teoria da nulidade foi sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas, como Rui Barbosa (2004),¹³⁵ Alfredo Buzaid (1952),¹³⁶ entre

¹³⁵ Rui Barbosa (2004, p.40) comenta: “Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação de autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que esses não podem ultrapassar essa autoridade sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale cair em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”.

outros. Por muito tempo, o direito nacional acabou por definir que a inconstitucionalidade representa a nulidade absoluta da lei ou ato normativo. Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, implicava a pronúncia da nulidade do ato atacado.

Dizia-se que a decisão judicial, portanto, era declaratória. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revocatório) a lei, tal como ocorre, por exemplo, no modelo austríaco, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado desde sua origem. Por tal motivo, a decisão, em princípio, produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.

Todavia, convém observar que, segundo constatou Bittencourt (1968), a recepção da doutrina norte-americana não contribuiu qualitativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade das leis inconstitucionais no Brasil. Isso porque, conforme observou, os nossos constitucionalistas não lograram êxito ao defender nem a eficácia *erga omnes* nem a retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

Cumprе transcrever o excerto a seguir do brilhante trabalho no qual o autor demonstra o afirmado acima:

[...] as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória de inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-las a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a 'sua aplicação não obteria nunca mais o concurso de justiça', não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento teórico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão (BITTENCOURT, 1968, p. 140).

¹³⁶ Alfredo Buzaid (1958, p. 131) leciona: “Os fundamentos da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. 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 o desacato à Constituição”. Segundo o pensamento do autor: “[...] 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 são executórias, embora inválidas. Esposito observou que 'as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias, têm eficácia, mas não têm validade'. Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença que declara a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio” (p. 131-132).

Bittencourt (1968) sustentou que os tratadistas norte-americanos se limitaram a enunciar o princípio que a lei declarada inconstitucional deve ser considerada para todos os efeitos, como se jamais, em tempo algum, houvesse possuído eficácia jurídica “[...] is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force” (p.140). Asseverou que os nossos doutrinadores também não informaram a razão jurídica determinante desse amplo efeito da declaração de inconstitucionalidade. Dispôs que,

[...] em face dos princípios que orientam a doutrina de coisa julgada e que são comumente aceitos entre nós, é difícil, senão impossível, justificar aqueles efeitos, que aliás, se verificam em outras sentenças como, por exemplo, as que decidem matéria de estado civil, as quais, segundo entendimento geral, prevalecem *erga omnes* (1968, p. 141).

A diferença consistia em que o instituto do *stare decisis* desonerava, pelo menos em parte, os constitucionalistas norte-americanos de um dever mais rigoroso de fundamentação, pois, com tal mecanismo, era assegurado, em determinada medida, efeito vinculante às decisões da Suprema Corte em caso de declaração de inconstitucionalidade. Tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à lei ou ato normativo declarados inconstitucionais. Assim, apesar da ausência de mecanismo processual semelhante à “força de lei” (*Gesetzeskraft*) do Direito tedesco, a doutrina e a jurisprudência norte-americana não se sentiram impedidas de defender a nulidade da lei inconstitucional (MARTINS; MENDES, 2005).

Por sua vez, o sistema jurídico brasileiro não dispunha de nenhum dos mecanismos mencionados, capazes de conferir caráter vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal. Contentava-se a doutrina em ressaltar a nulidade da lei inconstitucional e a “obrigatoriedade” dos órgãos estatais de se eximirem de aplicar a disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Pretório Excelso.¹³⁷

¹³⁷ Em face disso, Bittencourt (1968, p. 143-144) argumenta: “Muito embora se discuta se os juízes e tribunais estão, no comum dos casos, obrigados a obedecer à jurisprudência dos órgãos judicantes superiores, essa dúvida não cabe quanto às decisões que declaram a inconstitucionalidade, pois o entendimento pacífico é no sentido de considerá-las plenamente obrigatórias. O juiz inferior não pode ter como constitucional, para aplicá-lo a um caso concreto, o ato legislativo que os tribunais superiores declararam inconstitucional em outro processo”.

O constituinte da Carta de 1934 introduziu o mecanismo de *suspensão de execução de lei* mediante a intervenção do Senado Federal (art. 91, IV) com a finalidade de conferir força normativa às declarações de inconstitucionalidade exaradas em controle concreto pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme já assinalada em momento anterior (Capítulo 2), esse instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à de 1967/69 (art. 42, VII) e mantido na atual de 1988 (art. 52, X). O ato do Senado Federal conferia efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade preferida pelo STF no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº. 16.512 (relator ministro Oswaldo Trigueiro) de 25 de maio de 1966,¹³⁸ discutiu amplamente a natureza do instituto, infirmando a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou restringir o alcance da decisão exarada pelo STF. A Corte conheceu do mandado de segurança como representação e declarou inconstitucionalidade da Resolução revogadora. Na mesma oportunidade, por outro lado, o STF reconheceu que se tratava de mera faculdade do Senado a suspensão do ato declarado inconstitucional, não estando obrigado a proceder a tal suspensão (MARTINS; MENDES, 2005).

Nessa linha de entendimento foi o voto do ministro Vitor Nunes que, naquela mesma oportunidade, se manifestou no seguinte sentido: “[...] o Senado terá a seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão [...]. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar” (MARTINS; MENDES, 2005, p. 470).

No entanto, em se procedendo a suspensão, o Senado não poderá se retratar e revogar o ato anterior. Isto é, o ato da Alta Casa do Congresso Nacional deve se ater à “[...] extensão do julgado do Supremo Tribunal”¹³⁹ não tendo “[...] competência para examinar o mérito da decisão [...], para ampliá-la ou restringi-la”¹⁴⁰ (MARTINS; MENDES, 2005, p. 471).

¹³⁸ Cuidava-se de MS impetrado contra a Resolução nº. 93, de 14 de outubro de 1965, que revogou a Resolução anterior (nº. 32, de 25 de março de 1965), pela qual o Senado suspenderá a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas (MARTINS; MENDES, 2005).

¹³⁹ Voto do ministro Victor Nunes Leal, MS nº. 16.512, Disponível em: <www.stf.gov.br>. (Acesso 29 de jan. 2008).

¹⁴⁰ Voto do ministro Pedro Chaves, MS nº. 16.512, Disponível em <www.stf.gov.br>.

Cabe destacar que a inércia do Senado não afeta a relação entre os poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos, assim destaca Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra (2005).

Percebe-se, pois, conforme assentado no acórdão do Pretório Excelso, que apenas o ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial que, inicialmente, era apenas vinculativa para os litigantes.

Nota-se que, ainda que se aceite que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado entre nós, configura a negação da teoria da nulidade, na medida em que a não aplicação geral da lei depende da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais. Assim, malgrado sustentássemos a teoria da nulidade da lei inconstitucional, fortalecíamos institutos que colocavam em xeque a sua defesa (MARTINS; MENDES, 2005).

Ora, se a doutrina e jurisprudência defendiam a nulidade de pleno direito da lei inconstitucional, para manter a coerência deveriam ter sustentado que a decisão do Senado tinha como único desiderato conferir publicidade à decisão do STF. Assim, como defendido Bittencour (1968, p. 145-146) na seguinte passagem:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, n.º IV da Constituição é apenas *tornar pública* a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado 'suspende a execução' da lei inconstitucional é positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensa a sua execução.

Em que pese à coerência do raciocínio exposto pelo autor, tal entendimento restou absolutamente isolado. Nem mesmo a introdução da representação interventiva pelo constituinte de 1934 e sua consolidação em 1946 foi capaz de alterar a teoria criada em torno dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (MARTINS; MENDES, 2005).

Desse modo, com a devida vênia, é incoerente o entendimento perfilhando por

Buzaid (1958), ao defender que a decisão do STF vale como *lex specialis*, com eficácia *erga omnes*, mas precisa ser remetida ao Senado para que este suspenda a execução do ato.

Com a proposta de Emenda à Constituição nº. 16, de 1965, tentou-se introduzir um controle abstrato de normas, que continha cláusula que outorgava eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade exaradas pelo Supremo Tribunal, de forma a consolidar um modelo dogmático que coincidissem com o discurso teórico defendido. Contudo, o modelo preposto não foi aprovado, subsistindo a necessidade de que o Senado Federal suspendesse a execução do ato objeto de censura. O modelo aprovado foi aquele que previa o controle abstrato de normas, sob a forma de representação de inconstitucionalidade (art. 101, K, da Constituição de 1946, na redação conferida pela EC 16/65), o que foi mantido sob a Constituição de 1967/69 (MARTINS; MENDES, 2005).

Na fase inicial do novo modelo introduzido, o Supremo continuou agindo tal como fazia no controle concreto, informando ao Senado sobre a declaração de inconstitucionalidade, cabendo a tal órgão definir acerca da suspensão da aplicação da lei impugnada. Somente após exaustivos debates, iniciados em 1970, a Corte Suprema assentou, em 1977, que a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas possuía efeitos *erga omnes*,¹⁴¹ ao contrário da decisão exarada na representação interventiva. De acordo com entendimento firmado, a própria natureza do processo de controle abstrato exigia tal atribuição de efeitos, independentemente de ausência de fundamentação legal (MARTINS, MENDES, 2005).¹⁴²

A partir de então, não mais se questionou na doutrina e na jurisprudência a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas (MARTINS; MENDES, 2005).

¹⁴¹ Essa orientação foi firmada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal. Ver Parecer do ministro Rodrigues Alckmin, de 19-6-1974, Diário de Justiça de 16 de maio de 1977, p. 3124 e do ministro Moreira Alves, de 11-11-1975, Diário de Justiça de 16 de maio 1977. (apud MARTINS; MENDES, 2005).

¹⁴² Parecer do ministro Moreira Alves, de 11-11-1975, DJ, 16 de maio 1977, p. 3123 (apud MARTINS; MENDES, 2005).

Tal entendimento, inclusive, restou consolidado em posterior alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 178), que previu que, unicamente nas hipóteses de decisão proferida no controle incidental, a Corte estava obrigada a informar ao Senado a sua decisão.¹⁴³

Nota-se o início de uma tentativa de abandono da teoria da nulidade em favor da teoria da anulabilidade no julgamento do Recurso Extraordinário 79.343 de relatoria do ministro Leitão de Abreu, segundo o qual a lei pronunciada inconstitucional não pode ser considerada nula, pois, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, de maneira em que a lei inconstitucional não seria nula *ipso jure*, mas anulável. A decisão de inconstitucionalidade, por sua vez, seria constitutiva. Assim, seria facultado ao tribunal reconhecer que a lei aplicada haveria de ser considerada como fato eficaz apto a produzir conseqüências jurídicas (MARTINS; MENDES, 2005).¹⁴⁴

No entanto, essa posição não incitou, pelo menos naquele momento, qualquer mudança no entendimento acerca da nulidade *ipso jure* da lei ou ato normativo considerado inconstitucional. Nada obstante, cabe registrar que o ministro Leitão de Abreu propôs uma reflexão sobre o tema da limitação dos efeitos, no caso concreto. E, se aceita sua tese, estar-se-ia diante da possibilidade de limitação de efeitos da decisão no próprio controle incidental. Assim, o Supremo estaria autorizado a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, na análise *in concreto*, com eficácia limitada, o que ensejaria, por conseguinte, a aplicação da norma inconstitucional ao caso concreto (MARTINS; MENDES, 2005).

Em que pese a tese sustentada, é importante ressaltar que o entendimento dominante era no sentido de que a lei inconstitucional não poderia criar direitos ou impor obrigações, de forma que tanto os órgãos estatais quanto os indivíduos poderiam se recusar a cumprir disposições contrárias à Lei Maior.¹⁴⁵ Embora o STF

¹⁴³ Apenas em 1999 tal entendimento restou previsto na legislação com a publicação da Lei nº. 9.868/99 que prescreveu expressamente, em seu art. 28, parágrafo único, a eficácia *erga omnes* da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade.

¹⁴⁴ É interessante observar a síntese argumentativa desenvolvida pelo ministro Leitão de Abreu no julgamento do RE n.º 79.343.

¹⁴⁵ Cf. Representação nº. 980, relator min Moreira Alves, RTJ n.º. 96: 508.

não tenha firmado tal proposição com tamanha exatidão, a premissa certamente seria que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional.

4.2.1 A controvérsia sob a vigência da Constituição de 1988

Apesar desse histórico, diante de todas as modificações observadas no Direito comparado, o Constituinte de 87/88 propôs a introdução, nos moldes estabelecidos na Constituição portuguesa, de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a definir se a lei inconstitucional haveria de perder a eficácia *ex tunc*, ou se deixaria de ter eficácia a partir da data de publicação da decisão.

O projeto do senador Maurício Corrêa, estabelecia, *verbis*: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”. (MARTINS; MENDES, 2005).

O referido projeto, contudo, foi rejeitado, mantendo-se a orientação tradicional acerca da nulidade de lei inconstitucional. Tempos depois, em dezembro de 1999, foi publicada a Lei nº. 9.869, que introduziu disposição expressa autorizando o STF a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a estabelecer sua eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros. Vejamos:

Art. 27. 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 decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A princípio, pode causar certa perplexidade a possibilidade da modulação da eficácia da decisão de inconstitucionalidade num sistema que sempre sustentou o princípio

da nulidade da lei inconstitucional.

Tanto é assim que a constitucionalidade do art. 27, da Lei n.º 9.868/99, foi questionada na ADI n.º 2.154, proposta pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais, e na ADI n.º 2.258, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O primeiro sob a alegação de que a matéria versada em tais preceitos normativos está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, segundo sustentam os autores, ser disciplinada pelo legislador comum, e o Conselho da Ordem sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, pois “[...] permitir que atos normativos ou leis inconstitucionais, assim declarados pelo STF, produzam algum tipo de efeito em algum momento do tempo [...]” ofender o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Legalidade. E ainda que norma inconstitucional é nula. Não podendo ser admitido procedimento capaz de afastar a possibilidade de que a declaração definitiva, por parte do Supremo Tribunal Federal, do mais grave vício legislativo, não acarrete a nulidade da lei.

Cumprе informar que o texto normativo da referida legislação é resultado da proposta constante no Projeto de Lei n.º 2.960/97. Na exposição de motivos do mencionado projeto, afirmava-se acerca do tema:

[...] Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso 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 (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado “in concreto” se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), 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 (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) 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.

4.2.2 A posição do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do STF, apoiada em doutrina clássica, considera revestir de nulidade a manifestação do Poder Público em conflito com a Magna Carta. No entanto, no que concerne a determinadas situações (v.g. aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica ou em atenção ao princípio da boa-fé), percebemos uma tendência no sentido de abrandar a rigidez dogmática dessa tese.

Essa nova percepção do tema decorre nitidamente da influência da prática jurisprudencial das Cortes Supremas de outras nações e do respectivo Direito estrangeiro, como já foi abordado no terceiro capítulo. Reportar-nos-emos a alguns julgamentos simbólicos para demonstrar o alegado.

Verificamos que, mesmo antes da aprovação da Legislação que autorizou o nosso tribunal maior a modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a postura do Supremo já apontava a insuficiência das técnicas de julgamento então vigentes e, em alguns julgados, os ministros, mesmo sem a autorização legislativa, se viram obrigados a afastar o dogma da nulidade absoluta das leis inconstitucionais, aplicando técnicas decisórias a abrandar os efeitos indesejados da inconstitucionalidade.

Há ocorrência do uso de técnicas de julgamento aptas a afastar os efeitos da inconstitucionalidade antes mesmo da promulgação da Carta de 1988. Esse é o caso do Recurso Extraordinário nº. 78.594/SP,¹⁴⁶ em que a Suprema Corte do País, apesar de ter reconhecido a inconstitucionalidade de Lei do Estado de São Paulo que, sob o pretexto de dinamizar os serviços atinentes às ações executivas de cobrança da dívida ativa relativas ao Imposto de Circulação de Mercadoria, autorizou o seu procurador-geral a designar servidores públicos para o desempenho das funções próprias do cargo de oficial de justiça, não admitiu, na espécie, a anulação dos atos de citação e penhora realizados por servidor público investido

¹⁴⁶ Cf. Diário de Justiça do dia 30-10-1974. Disponível em: <www.stf.gov.br>. (Acesso em 19 de jan. 2008).

irregularmente.

Argumentou para tanto em seu voto o ministro relator Bilac Pinto:

Os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos. A natureza civil ou penal da lei, por exemplo, tem importantes conseqüências na conceituação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Esta observação revela que no estudo dessa matéria se deve ter em vista, de um lado, a inconstitucionalidade declarada e de outro a natureza da lei impugnada.

Entendeu o ministro, no caso, que a lei paulistana deve ser vinculada ao direito administrativo e ao direito processual civil, e portanto, “[...] para a definição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na espécie, ter em vista os princípios gerais daquelas duas disciplinas”. Como o STF já havia declarado a inconstitucionalidade da lei que autorizou a designação de servidores estaduais para o exercício de função de oficial de justiça, a investidura se tornou irregular. Contudo, o ministro argumentou que, como a doutrina e a jurisprudência consideram os atos dos “funcionários de fato” como válidos, atendendo às circunstâncias peculiares de cada caso,

Ainda que se pretenda que os efeitos da decisão desta Corte, pela sua própria natureza, tem efeito retroativo, para atingir as nomeações de oficiais de justiça feitas como apoio da Lei Estadual de 3.12.71, não se poderá daí concluir que os atos praticados por esses oficiais são nulos.

Isso porque, de acordo com o seu voto proferido no RE nº. 78.594/SP “Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura, em razão da inconstitucionalidade da norma de competência para a nomeação, as circunstâncias em que se operou formalmente o provimento fazem deles “funcionários de fato”, e, portanto os atos por eles praticados são válidos.

Dessa forma, observamos que foi afastado um dos efeitos da retroatividade, visto que não foram desconstituídos também aqueles atos realizados pelos servidores irregularmente investidos, o que deveria ter sido uma conseqüência lógica. E isso também sob o argumento de que não houve prejuízo para as partes do caso concreto.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 513,¹⁴⁷ contra o dispositivo da Lei nº. 8.134/90, que institui coeficiente de aumento do imposto de renda a incidir em fatos anteriores à sua vigência, foi a primeira ADI a colocar o debate dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de maneira direta.

O ministro relator Célio Borja alegou, em seu voto, que o argumento de só poder ter efeito *ex nunc* a decisão que nulifica lei que instituiu ou aumentou tributo auferido pelo tesouro e já aplicado em serviços ou obras públicas não é aplicado na espécie porque “[...] a hipótese dos autos que não cogita, exclusivamente, de tributo já integrado ao patrimônio público, mas, de ingresso futuro a ser apurado na declaração anual de contribuintes e recolhido posteriormente”. E, ainda, “Também não é ela atinente a eventual restituição de imposto pago a maior, porque está prevista em lei e terá o seu valor reduzido pela aplicação de coeficiente menos gravoso”. Conclui o magistrado:

Não existe ameaça iminente à solvência do tesouro, à continuidade dos serviços públicos ou a algum bem político ou socialmente relevante, que justifique a supressão, *in casu*, do efeito próprio, no Brasil, do juízo de inconstitucionalidade da norma, que é a sua nulidade. É de repelir-se, portanto, a alegada ameaça de lacuna jurídica ameaçadora.

Notamos que, ainda que o STF não tenha aplicado a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o ministro relator explicou por que afastou o seu uso, ou seja, admitiu a existência da referida técnica, mas no julgamento em questão não a utilizou.

Da mesma forma ocorreu no julgamento da ADI nº. 1.116.¹⁴⁸ Embora a Corte não tenha adotado de uma decisão de inconstitucionalidade com efeitos limitados, não rejeitou a existência dessa possibilidade, conforme se extrai do voto do ministro relator Sepúlveda Pertence, que observa que a conseqüente eficácia *ex tunc* da pronúncia de inconstitucionalidade gera, no cotidiano da Justiça Constitucional, um sério inconveniente, que é o de levar os tribunais competentes, até inconscientemente, a evitar o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais sobre o passado. Sobre essa questão, em sua decisão,

¹⁴⁷ Cf. Diário de Justiça do dia 30-10-92.

¹⁴⁸ Cf. Diário de Justiça do dia 01-12-95.

estabelece:

Não é este o caso: a incidência da contribuição social sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos vem sendo questionada desde a vigência da Lei 7.787, e creio que, nas vias do controle difuso, poucas terão sido as decisões favoráveis à Previdência Social [...]. Sou em tese favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao tribunal prostrar o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade.

Outra decisão emblemática que é referenciada por quase todos os autores que tratam sobre o tema é aquela proferida no julgamento do RE nº. 135.328/SP,¹⁴⁹ no qual o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 68, do Código de Processo Penal – legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da ação civil *ex delicto* quando se tratar de vítima pobre – nos Estados que ainda não tivessem Defensoria Pública organizada e em funcionamento, a teor do disposto no art. 134 da Constituição Federal, que estabelece a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à orientação e à defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A Suprema Corte estabeleceu a ocorrência de “inconstitucionalidade progressiva”, ou seja, na medida em que for organizada a Defensoria Pública dos Estados, o dispositivo do CPP irá se tornado inconstitucional.

Destaca o ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir o seu voto, neste julgamento, as dificuldades diante das restritas alternativas proporcionadas pela jurisdição constitucional ortodoxa que vive constantemente entre o dilema da constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade fulminante. São suas as seguintes palavras:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição. Essas alternativas radicais – além dos notórios

¹⁴⁹ Cf. Diário de Justiça do dia 20-04-2001.

inconvenientes que gera – faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alteração da realidade fáctica que a viabilizem.

O ministro Sepúlveda conclui que, pela disposição constitucional, a atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública, mas essa porém só poderá ser considerada existente

[...] onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 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.

O ministro Moreira Alves, no mesmo julgamento – RE nº. 135.328/SP –, apontou também no sentido de “[...] adotar solução inspirada na construção germânica do processo gradual de *inconstitucionalização* de uma lei, em decorrência da superveniente mudança dos fatos”. Com efeito, dispõe:

Ademais, Sr. Presidente, 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 Defensoria Pública devidamente organizada e com os seus cargos preenchidos.

Outra decisão igualmente referenciada tem como pano de fundo novamente a defensoria pública. No julgamento do *Habeas Corpus* nº. 70.514,¹⁵⁰ a técnica da “inconstitucionalidade progressiva” mostrou-se igualmente notável. Na oportunidade, o STF admitiu que a lei que concedia prazo em dobro para a interposição de recurso era de ser considerada constitucional até enquanto a Defensoria Pública não estivesse devidamente habilitada e estruturada.

Entenderam os ministros que não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei nº. 1.060, de 05-02-1950, acrescentado pela Lei nº. 7.871, de 08-

¹⁵⁰ Cf. Diário de Justiça do dia 27-06-97.

11-1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 197.917,¹⁵¹ proposto pelo Ministério Público Estadual em face da Câmara Municipal de Mira Estrela, acerca dos limites constitucionais impostos ao número de vereadores proporcional à população do município, art. 29, IV, da Constituição, entendeu o STF que deixar a “[...] critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressão da proporcionalidade”.

Na oportunidade, a Suprema Corte, ao sopesar que a situação real e contemporânea em que municípios menos populosos têm mais vereadores do que outros com um número de habitante várias vezes maior, fixou parâmetro aritmético que atende ao comando expresso da Constituição, de forma que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Orgânica do município nº. 226, de 31 de março de 1990, do município de Mira Estrela/SP. Contudo, ao fixar os efeitos dessa decisão, por razões de segurança jurídica – pois a declaração de inconstitucionalidade com o seu regular efeito *ex tunc* resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente – prevaleceu o interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Assim, embora a Lei nº. 9.868/99 tenha autorizado o Supremo a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados em sede de controle abstrato de normas, a referida técnica foi utilizada no âmbito do controle concreto, de forma a não afetar a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao Legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral.

¹⁵¹ Cf. Diário de Justiça do dia 07-05-2004.

Nessas decisões o STF teve a oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas decisórias no controle de constitucionalidade e demonstrar que a criação de novas técnicas decorre do próprio complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis.

4.2.3 A doutrina

O tema concernente à possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem provocado ampla discordância em sede doutrinária.¹⁵²

Existem, de um lado, autores, como Edvaldo Brito (2003), Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2000), Olavo Ferreira (2002) Rodrigo Fernandes (2002), Américo Bedê Freire (2000), Luciana Macieira (2001), Bruno Rêgo (2000), Sérgio André Silva (2002), Ingo Wolfgang Sarlet (2001), Osório Barbosa Sobrinho (2004), Thomas Bustamante (2000) entre outros, que sustentam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99.

As razões são diversas, seja por entender que o dogma da nulidade da lei inconstitucional é intransponível, não comportando qualquer tipo de temperamento, seja por julgar que a questão não poderia ser tratada por lei ordinária.

A título de exemplo, transcrevemos o entendimento de Américo Bedê (2000, p. 22) de que a Lei n.º 9.868/99 padece do vício de inconstitucionalidade nos seguintes termos:

O caráter dessa norma é constitucional-processual. O aspecto constitucional é intrínseco aos efeitos de uma decisão sobre a inconstitucionalidade, ou não de uma norma. O aspecto processual se consubstancia como o epílogo de um rito procedimental traçado necessariamente a nível ordinário, antes regimental. Indiscutivelmente, nesta norma mista, predomina o caráter constitucional sobre o processual,

¹⁵² Cumpre observarmos que, muito antes da atual discussão, em 1966, Themistocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 87), em importantíssima obra “Do Contrôlo de Constitucionalidade”, ao dispor sobre as regras gerais do controle de constitucionalidade das leis, já havia ensinado: “Deve-se evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei diuturnamente aplicada, sem contestação perante os tribunais”.

admitir o contrário é permitir que, por via ordinária, o legislador extirpe uma das mais importantes garantias constitucionais. Essa predominância do aspecto constitucional faz com que, somente através dessa espécie de norma, possa haver uma positivação de tal matéria. Realmente o conteúdo da norma do art. 27 da Lei 9.868/99 é razoável, todavia o legislador ordinário não tem competência para tratar dessa matéria, somente o poder constituinte poderia tratar de assunto de tamanha importância, pois estamos diante de uma hipótese de reserva constitucional.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet (2001) declara que o Judiciário não tem legitimidade para que se outorgue à Jurisdição Constitucional poderes de tal sorte amplos e discricionários. Desse modo, defende:

Por mais que se tenha como correta a conhecida afirmação do Juiz Hughes, da Suprema Corte Norte-Americana, no sentido de que a Constituição é o que os Juizes dizem que ela é (The constitution is what the judges say it is), ela certamente não poderá justificar que se outorgue à Jurisdição Constitucional (ainda mais por lei ordinária) poderes de tal sorte amplos e discricionários, a ponto de colocar seriamente em risco a própria noção de que também os órgãos judiciais, quando atuantes na condição de intérpretes e garantes da Constituição, continuam sendo órgãos constituídos e não constituintes (SARLET, 2001).

Nesse contexto dispõe que defende que a livre manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, especialmente quando somada ao efeito vinculante das decisões,

[...] certamente poderá – ainda mais em se considerando as características do sistema pátrio, desestabilizar o já frágil equilíbrio entre os órgãos de poder estatais (além de agravar ainda mais a crise institucional já instalada entre nós), gerando uma superinstância controladora (e, por sua vez, isenta de maiores amarras) não necessariamente desejável para o Estado democrático de Direito planejado (embora longe de estar implementado) pela nossa Constituição vigente.
Desde logo – e é precisamente este o outro ponto que ora pretendemos destacar – não há como deixar de reconhecer a íntima vinculação do problema dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade com a sempre atual e controversa discussão em torno da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional e dos limites de sua atuação (SARLET, 2001).

Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p.11) afirma que a previsão da competência do Supremo para manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, “[...] resultará na inutilidade do controle. Não é mais rígida a Constituição Brasileira”.

Desconfiada colocação faz Osório Silva Sobrinho (2004, p. 66-67) ao afirmar:

Sendo o governo o principal violador da Constituição, sempre em benefício da administração daqueles que momentaneamente ocupam o poder, ver-se-á logo abaixo o malabarismo jurídico que é efetuado na exposição do projeto originário. Os exemplos estrangeiros utilizados para justificar a nova regra, pensamos, devem ser aceitos com reserva, uma vez que nos países apontados os seus Governos são mais responsáveis, menos arbitrários e, portanto, menos violadores deliberados das suas cartas magnas. Dificilmente para não dizer nunca, a modulação será efetuada em favor do cidadão individualmente considerado e em sua relação com outro cidadão. Seu destino será, como o passado nos ensina, forma de evitar que o Governo devolva (repita) créditos tributários cobrados com fundamento em lei inconstitucional. A regra melhor teria sido escrita se ficasse esclarecido desde logo que ela não aproveita ao Governo.

Sergio André Silva (2002, p. 167) defende que só pode ser utilizada a técnica de limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade de normas tributárias quando benéfica ao contribuinte:

[...] no que se refere às decisões proferidas em sede do controle da constitucionalidade das normas tributárias, a aplicação dessa doutrina, em vez de significar o prestígio à justiça material e à segurança jurídica no seio das relações sociais, pode ter como efeito a concessão de salvo conduto para que o legislador infraconstitucional ignore o texto constitucional, violando os principais fundamentais que devem reger a tributação, tendo como efeito evidente e antijurídico enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública. Impõe-se ressaltar que a objeção acima formulada somente concerne às normas tributárias impositivas, sendo possível, no que se refere à declaração de inconstitucionalidade das normas tributárias que concedem tratamento mais favorável ao contribuinte, a aplicação da doutrina que defende a definição casuística dos efeitos das decisões preferidas em sede de controle de constitucionalidade dos atos normativos, uma vez que nesse caso, não se encontram presentes os riscos da utilização pelo Poder Público, de normas inconstitucionais como instrumento para a exigência de tributo.

Thomas Bustamante (2000, p. 123), na mesma esteira, assevera que só pode ser utilizada no interesse da sociedade e não do Poder Público. Assim: “A única hipótese da aplicação do artigo 27 da Lei 9.868/99 é no interesse da sociedade, e não do próprio Poder Estatal em *beneficiar-se da própria torpeza*, isto é, do seu próprio ato de arbítrio”. Afirma que apesar da utilidade do mecanismo não poderá ser exercido na fiscalização de qualquer norma constitucional, pois a própria Constituição Federal excepciona essa possibilidade. Enumera:

Na fiscalização de atos normativos que violem frontalmente Direitos Fundamentais expressa ou implicitamente plasmados na Constituição Federal, a declaração de inconstitucionalidade deve necessariamente permitir a desconstituição dos atos praticados sob o império da norma inválida [...]. O princípio da efetividade das normas constitucionais impõe o

direito à restituição dos tributos cuja norma instituidora se encontre maculada pelo vício da ilegitimidade constitucional, sob pena de desmoronamento do Sistema Constitucional Tributário, que cria autênticos limites ao Poder de Tributar [...]. As razões de 'Segurança Jurídica' e 'interesse social' previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99 somente têm como fundamento o princípio da supremacia do interesse público primário, e não o interesse da Administração enquanto pessoa, de modo que no conflito entre o interesse do cidadão de ver desconstituído ao atos praticados em violação ao seu direito fundamental de propriedade e o interesse do Estado de arrecadar com base em atos arbitrários, deve prevalecer o primeiro. Não pode haver declaração de inconstitucionalidade de um tributo com efeito *ex nunc*; os atos praticados de acordo com uma lei tributária contrária à Constituição poderão ser sempre desfeitos pelo contribuinte.

Há, de outra banda, aqueles que, como Osman Bagdêde (1996), Claudio Belmonte (1999), Djalmar Bittar (1994), Siqueira Castro (1995), Clemerson Clevè (1997), Patrícia Flores (2001), Amauri Prado (2002), Dircêo Ramos (2003), Patrícia Gama (2000), Hugo de Brito Machado (1995), Cláudia Pachú (2004), Luiz Palu (2001), Teori Zavascki (2001), Regina Nery Ferrari (2004), entre outros, cujo magistério reconhece a possibilidade jurídica de aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Todavia a admissão do uso da técnica nem sempre é feita de forma ampla. Palu (2001) defende que a restrição é compatível com a Constituição, contudo, entende que a Lei Maior é ofendida, quando a Lei nº. 9.868/99 dispõe sobre a possibilidade de fixação de efeitos para um momento posterior ao da data do trânsito em julgado da declaração, nos seguintes termos:

A fixação de data futura para que a decisão tenha eficácia não é uma 'situação constitucional imperfeita' (ou de uma decisão que entende uma certa norma 'ainda constitucional'), mas trata-se de atribuir ao Supremo Tribunal Federal o poder de fixar prazo *posterior* ao do trânsito em julgado (efeito prospectivo, futuro), para que a sanção da nulidade passe a existir, deixando de impô-la de imediato, preservando a eficácia da norma questionada.

Se a interpretação que se der for a de que a lei declarada inconstitucional *continuará a ser aplicada, mesmo após o julgamento, durante certo tempo*, entendo carecer de suporte constitucional tal dispositivo. Em outras palavras, não vejo como possa uma lei atribuir poderes ao STF para, reconhecendo determinada lei inconstitucional, mantê-la aplicável a casos futuros.

Note-se bem, quanto aos casos pretéritos, e regulados pela lei inconstitucional, não havia ainda a decisão de inconstitucionalidade, e a presunção de constitucionalidade da lei impunha sua observância. Após a declaração de inconstitucionalidade, para que a lei assim declarada possa ser aplicada aos casos futuros, se se pretende chegar a tanto com o dispositivo no art. 27, antes referido, somente se a Constituição assim determinasse, como em outros ordenamentos determina (p. 164-165).

Para Ferrari (2004, p. 300), o alcance, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

[...] sempre foi, em nosso sistema jurídico, resultado de uma postura jurisprudencial que, com o tempo, abandona a posição radical no que diz respeito a considerar a lei inconstitucional nula *ab initio* e carecedora de produção de efeitos, e passa a aceitar algum tipo de abrandamento.¹⁵³

Dessa forma, a autora afirma que “[...] não parece chocar ou ser inconstitucional a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” (FERRARI, 2004, p. 300). Observa, contudo, que deveria-se estabelecer um limite máximo para a atuação do Supremo na medida em que nossa Lei Fundamental “[...] prevê, no art. 60, §4º, limites ao exercício do poder reformador, o que leva ao reconhecimento de que só o Poder Constituinte originário é ilimitado e que só ele seria capaz de determinar, de forma ampla, os efeitos da inconstitucionalidade” (2004, p. 300).

Siqueira Castro (1995, p. 130) é mais incisivo ao defender o uso de alternativas no âmbito do processo constitucional que melhor realizem os ideais de segurança jurídica e da paz social, para o escopo de proteção da superioridade das normas e princípios da Constituição:

Decorridos mais de cem anos da profícua e singular experiência brasileira de controle de constitucionalidade das leis, talvez seja a outra de avançarmos em direção a outras alternativas no campo dos efeitos da nulificação judicial das regras de direito que melhor realizem os ideais de segurança jurídica e da paz social [...]. Ao Supremo Tribunal Federal de nosso País, mercê de suas mais relíquias tradições de sabedoria constitucional, caberá abrir ensanchas para e perspectiva de alguma forma de expressão prospectiva na via da ação direta de inconstitucionalidade, segundo os meios que julgar mais consentâneos a tal mister. Tudo, é claro, com o alto e permanente propósito de – a um só tempo – afirmar a superioridade das normas e princípios da Constituição e salvaguardar a segurança das relações jurídicas que mereçam estar protegidas em face dos julgamentos proferidos no âmbito da jurisdição constitucional

Registramos, ademais, uma terceira posição doutrinária cuja percepção do tema admite ser viável o emprego da manipulação dos efeitos jurídicos resultantes da

¹⁵³ No mesmo sentido conferir: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 211.

declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, não importando que tal pronunciamento se dê no âmbito de fiscalização abstrata ou no plano do controle concreto. São eles: o autor português Rui Medeiros (1999) e Gilmar Mendes e Ives Gandra (2005). Inclusive, como reportado, o STF já fez uso dessa técnica no julgamento de Recurso Extraordinário nº. 197.917.

4.3 RAZÕES DE FLEXIBILIZAÇÃO

Entendemos que não se trata apenas das razões anunciadas pelo art. 27 da Lei nº. 9.868/99, segurança jurídica e excepcional interesse social, mas de algo muito mais amplo que transpassa os valores acima enunciados; o que é a preservação de todo o paradigma proposto pela Constituição.

A defesa da Constituição por si mesma não tem sentido; a Constituição, como instrumento, protege-se por aquilo que representa. Nesse sentido, é o Tribunal Constitucional, mais do que simples guarda das disposições; é o protetor dos valores constitucionais.

O sentido e o objetivo do princípio da primazia da Constituição está, em última análise, na segurança e defesa da Lei maior como sistema jurídico fundamental do Estado e da sociedade.

Não negamos que a nulidade da lei inconstitucional é verdadeiro princípio, que exige o afastamento efetivo e mais rápido possível da inconstitucionalidade. Contudo, a Constituição não se contenta como “[...] uma imediata maximização parcial de sua validade (da norma constitucional violada) sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais” (MEDEIROS, 1999, p. 712). Nesse passo, o princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesse constitucionalmente protegido. Em termos radicais coloca Medeiros (1999, p. 712) o “[...] objectivo da Constituição é alicerçar o Estado e não destruí-lo”.

A premissa fundamental, para compreender a utilização da técnica da modulação dos efeitos, e conseqüente a renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa, está na verificação de que, na espécie, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade. Isso denota que a reação ao ato normativo inconstitucional deve ser aferida, reflexivamente, a partir da própria ordem constitucional ou, o mesmo é dizer, as conseqüências da inconstitucionalidade da lei devem ser determinadas no quadro da Constituição no seu todo e na sua unidade.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, pautando-se por critérios constitucionais, deve, portanto, escolher aquela conseqüência que, na situação concreta, conduza à mais rápida, efetiva e abrangente otimização da Constituição. É dizer, os interesses tutelados pelas diferentes normas constitucionais devem ser tomados em consideração em sede de determinação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Destarte a justificativa para o afastamento da eficácia retroativa, *ex tunc*, só deve ser admitida quando o Pretório Excelso demonstrar que a adoção de uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples envolveria um sacrifício ainda maior a outro valor constitucional, que entendemos que não se limita a segurança jurídica e excepcional interesse social.

Para se apreciar a questão da inconstitucionalidade que não devem ser menosprezados a idéia da unidade da Constituição, considerada em seu todo harmônico (BRANDÃO, 1966).

Observamos que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 não tem por objetivo afastar o princípio da dogma da nulidade da lei inconstitucional, sua finalidade foi introduzir expressamente em nosso sistema de direito positivo uma nova modalidade de técnica decisória. A partir de então, o STF poderá proferir uma das seguintes decisões: a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) declaração de

inconstitucionalidade, com suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*); e, eventualmente, c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronuncia de nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a ser manifestar sobre a situação inconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007) .

Em consonância com o dispositivo legal, o nosso tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com *eficácia ex nunc*. Nessa situação a decisão eliminará a lei ou ato normativo do sistema jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei) (hipótese a) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

É possível também a declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*). Nessa hipótese a lei ou ato normativo reconhecidos como inconstitucionais, continuaram a ser aplicados dentro de uma prazo estabelecido pelo Tribunal, mesmo após a decisão de inconstitucionalidade. A sua eliminação se submete a um termo fixado pelo próprio Tribunal, que indicará o prazo, considerando que o legislador não estabeleceu um limite temporal para aplicação excepcional de lei inconstitucional¹⁵⁴ (hipótese b). Destaca-se que o prazo que se refere o art. 27 tem o objetivo de assegurar ao legislador um tempo adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007).

E, ainda, é possível que o tribunal considere uma lei ou ato normativo inconstitucional, mas não pronuncie a sua nulidade (suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso) (hipótese c). Acerca dessa hipótese exemplifica Mendes, Coelho e Branco (2007, p.1205-1206) que:

Poderá ser o caso de determinadas lesões ao princípio da isonomia (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Nessas situações, muitas vezes não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou um avanço considerável. A preservação dessa situação sem qualquer ressalva poderá importar, outrossim, no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a

154 Ao contrário do modelo austríaco que prevê que o Tribunal somente poderá aplicar a lei considerada inconstitucional por um período não superior a dezoito meses.

inconstitucionalidade sem nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional.

Nessa esteira, em sintonia com a evolução do Direito constitucional estrangeiro, a técnica permite, por meio de um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e os demais valores da Constituição, o banimento da inconstitucionalidade, se assim, se mostrar mais adequado.

Destarte, a nulidade da lei sindicada somente será afastado se, a juízo do próprio tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional. O uso da técnica evita, ainda, que a Corte se abstenha de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.¹⁵⁵

Karl Larenz (1997, p. 517) dispõe que certamente se poderá “[...] resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modos rotineiros, com os meios normais da argumentação jurídica [...] Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meio não são suficientes”. Orienta que: “Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*”. Nesse sentido:

Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. Aqui a ponderação das conseqüências é, portanto, de todo irrenunciável, e nesse ponto tem KRIELE razão. Certamente que as conseqüências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à avaliação das conseqüências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se libere, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – da sua orientação política subjetiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou antipatia para com

155 ENTERRÍA, 1992, p.13. “Mas pragmáticamente, la jurisprudência norteamericana y sus comentaristas han invocado derechamente un argumento evidente: si no se admitiese el pronunciamiento prospectivo no se declararí la inconstitucionalidad de un gran número de normas. La doctrina de la absoluta y retroactiva nulidad de las Leyes inconstitucionales conduce ‘en la dirección de la greater restraint’, del más fuerte freno a los pronunciamientos de inconstitucionalidad”.

outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'. (LARENZ, 1997, p. 517).

Diante do quadro de responsabilidade política da Corte Constitucional na manutenção da ordem jurídica e sua capacidade de funcionamento, nenhum ministro do STF poderá proceder segunda a máxima *fiat justitia, pereat res publica*. A avaliação das conseqüências de suas decisões é irrenunciável, é deve está orientada para a idéia de aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado Democrático de Direito. Consoante às lições de Hesse (1991, p. 21) “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua práxis”. Sob esse prisma

[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição (HESSE, 1991, p. 22)

Por fim, retomamos a idéia que o amparo a Constituição faz sentido, apenas, quando a enxergamos em sua totalidade e em sua harmonia; considerando todas as suas características e suas vicissitudes; compreendendo-a como lei fundamental do ordenamento jurídico que institui as bases políticas, econômicas, sociais e jurídicas de toda a sociedade e que constitui a fonte primária e legitimadora de toda criação e aplicação jurídica. Por conseqüência, o STF, guarda e protetor da Magna Carta, no exercício da jurisdição constitucional deve, portanto, escolher a conseqüência que, na situação concreta, otimização a vontade Constitucional e assim, preservar a sua imortalidade normativa e a sua indisponibilidade política.

CONCLUSÕES

Podemos chegar a algumas conclusões após a pesquisa realizada:

A Constituição oficializa, legitima, resguarda, protege uma determinada visão de organização política, econômica, social e jurídica – juridicizando um verdadeiro paradigma.

A Constituição é um regulador volitivo da sociedade e da organização política de um país em um momento histórico. Argumentos que lhe justificam a idéia de imortalidade normativa e indisponibilidade política.

A jurisdição constitucional é o meio de defesa mais eficaz para afastar a irregularidade dos atos estatais em geral. É o complexo de atividades jurídicas destinados à fiscalização da observância e cumprimento das normas constitucionais.

A análise do direito estrangeiro demonstrou uma forte tendência no sentido da universalização de alternativas normativas e jurisprudenciais em relação à eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

Independentemente do modelo de controle de constitucionalidade adotado, de perfil difuso ou concentrado, concreto ou abstrato, a criação de técnicas alternativas de julgamento da inconstitucionalidade é comum aos mais diversos modelos de jurisdição constitucional.

O desenvolvimento das técnicas se faz com base em previsões constitucionais ou legais expressas ou implícitas, ou, ainda, com base em opção de política judiciária. Nem mesmo a adoção formal do princípio da nulidade impediu a adoção de técnicas alternativas naqueles casos em que a nulidade poderia se revelar inadequada ou trazer conseqüências intoleráveis para o sistema jurídico, com ameaça de caos jurídico ou situação de insegurança jurídica.

No sistema jurídico nacional o princípio da nulidade somente será afastado se, pelo juízo do STF, puder se antever que a declaração de nulidade acabaria por distanciar

ainda mais da vontade constitucional.

É um dever das Cortes Constitucionais a flexibilização da eficácia temporal da decisão no processo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, para preservar o sistema político constitucional, considerando que a Constituição não é apenas um texto normativo, mas um sistema que oficializa, legitima, resguarda e protege uma determinada visão de organização política, social, econômica – o *modus* político de um Estado. Exatamente sob essa perspectiva, que as Cortes Constitucionais devem resguardar a Constituição, em toda a sua integralidade.

Nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, nem sempre se poderá resolver a questão de maneira usual, ordinária, pois esses meios nem sempre são suficientes e incumbe ao Tribunal Constitucional uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico e da sua capacidade de funcionamento, é necessária a utilização da técnica alternativa para compor de melhor forma a eficácia da decisão de inconstitucionalidade.

A eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade não pode ser aplicada na linha do velho adágio *fiat justitia, pereat mundus* (Faça-se a justiça, ainda que o mundo pereça), de forma que não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um “suicídio democrático”.

Nesse contexto, constatamos que a técnica da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deve ser utilizada, sempre que a decisão de inconstitucionalidade se mostrar inadequada a proteção da Constituição em sua *completude*.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BAGDÊDE, Osman Tadeu de Almeida. Controle de constitucionalidade das normas, seus efeitos com relação aos direitos adquiridos e os anteriormente consumados. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, n. 22, p. 227-237, jan./dez. 1996.

BARBOSA, Rui. **Os atos inconstitucionais**. 2 ed. Campinas: Russell Editores, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. **Comentários à Lei n. 9868/99: processo do controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BELMONTE, Claudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 157-175, out./dez. 1999.

BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BITTAR, Djalma. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar. Extensão dos seus efeitos em matéria tributaria. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Publicas**. São Paulo, v. 3, n. 9, p. 171-173, out./dez. 1994.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 jan. 2008.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 8 jan. 2008.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 jan. 2008.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2008.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2008.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2008.

_____. Constituição (1998). Promulga a Constituição [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 de jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.258, Relator ministro Menezes Direito, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.154, Relator ministro Menezes Direito, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 513, Relator ministro Célio Borja, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.116, Relator ministro Maurício Corrêa, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 33, Relator ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 70.514, Relator ministro Sydney Sanches, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº. 16.512, Relator ministro Oswaldo Trigueiro, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 135.328, Relator ministro Marco Aurélio, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 24 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 197.917, Relator ministro Maurício Corrêa, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 79.343, Relator ministro Leitão de Abreu, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 28 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 78.594/SP. Relator ministro Bilac Pinto, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº. 980. Relator ministro Moreira Alves, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Representação de Inconstitucionalidade nº. 700, Relator ministro Adalicio Nogueira, Brasília. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso

em: 18 jan. 2008.

BRITO, Edvaldo. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na Lei Tributária. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3. p. 203-24, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A lei nº. 9.868/99 e a possibilidade de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: inaplicabilidade na fiscalização de normas de direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, p. 113-123, ago. 2000.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño. La Constitución como norma jurídica: causas y efectos de la fuerza normativa superior de la Constitución. **Direito e Sociedade**, Três Lagoas, v. 1, p. 44-62, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro, n. 3, p. 91-130, out./dez. 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da prestação de inconstitucionalidade e seus efeitos (2ª parte). **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 34, p. 28-43, jan./mar. 1998.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do contrôle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CLEVÈ, Clemerson Merlin. Declarações de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre atos singulares praticados sob sua égide. (Parecer). **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 17, p. 78-104, 1997.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, [19--].

DAVID, René. **Os grandes sistemas contemporâneos**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, Eduardo Rocha. Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e à arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 55, p. 50-70, abr. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. II.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. III.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, v. 92, p. 12-13, out-dez, 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERNANDES, Rodrigo Pieroni. -- A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 98, n. 363, p. 121-139, set./out. 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº. 9868, de 10 de novembro e nº. 9.882, de 3 de dezembro de 1999) **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun. 2000.

_____. **A reconstrução da democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. Direito e Justiça: **Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 23, n. 23, p. 251-278, 2001.

FREIRE JUNIOR, Américo Bebê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade em abstrato através de lei ordinária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 56, p. 19-24, maio, 2000.

GAMA, Patricia Calmon Nogueira da. Controle abstrato de constitucionalidade (Lei nº. 9.868/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 109-138, abr./jun. 2000.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh; MADISON, James. **O federalista**. Rio de Janeiro: Editôra Nacional de Direito, 1959.

HART, Hebert. L.A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. 20. ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

LOUREIRO JÚNIOR. **Controle da constitucionalidade das leis**. São Paulo: Max Limonad, 1957.

MACHADO, Hugo de Brito. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 6, p. 221-225, 1995.

MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. **Revista da Esmape**, Recife, v. 6, n.13, p. 291-309, jan./jun. 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; CASCÓN, Angel Llamas; LIESA, Carlos Fernández. **Textos básicos de derechos humanos**: com estudos generales y

especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional. Navarra: Aranzadi, 2001.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: e outras questões relativas a sua admissibilidade e processamento. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE 122.202. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 75-84, out./dez. 1994.

_____. O controle incidental e a aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999. **IOB-Repertório de Jurisprudência**: tributário, constitucional e administrativo, São Paulo, n. 12, p. 458-454, jun. 2005.

_____. Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 5, p. 443-64, jan./jun. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 6. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2007. t. II.

_____. **Teoria do Estado e Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 86.

PACHÚ, Cláudia Oliveira. Aspectos gerais dos efeitos da declaração de (in) constitucionalidade das leis no controle abstrato de normas. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9, n. 19, p. 73-97, jan./jun. 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle concentrado de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Amauri Renó. A problemática dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade. FMU/Direito: **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**, São Paulo, v. 16. n. 24, p. 39-59, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** (1976). Portugal: Almedina, 2000.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade: argüição de descumprimento de preceito fundamental; art. 11 da Lei nº 9.882 de 3/12/1999. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 6, n. 10, p. 70-75, 2003.

REGO, Bruno Noura de Moraes. ADIn e ADC: comentários sobre a Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 60. p. 36-67, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROCHA, Cleberson Jose. Efeitos da declaração de constitucionalidade de lei em face de outra decisão anterior, em sentido contrário. **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 60-64, abr./jun. 1999.

ROSENN, Keith S. Os efeitos do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 159-185, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. **Revista AJURIS**, n. 84, dez. 2001. CD ROM.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: alianza, 1996.

_____. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Sergio Andre Rocha Gomes da. Comentários acerca dos efeitos da decisão proferida no âmbito do controle abstrato da constitucionalidade das normas tributárias. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 83, p. 150-167, ago. 2002.

SORMANI, Alexandre. **Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**: uma visão crítica da Lei nº. 9.868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TAVARES. André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.**
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.