

2

Contextualização da Jurisdição Constitucional Brasileira e suas principais matrizes históricas

Antes de tudo, reconhecida a complexidade do tema e sem a pretensão de esgotar a análise, visto não ser esse o fim colimado com o presente estudo, impende traçar algumas linhas acerca dos principais aspectos da jurisdição constitucional brasileira, sobretudo a partir de suas mais influentes matrizes históricas, tomando-se sempre como parâmetro que os efeitos de uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma legal assumem tamanha importância que passam a integrar o conteúdo do próprio julgado e a repercutir diretamente na própria incompatibilidade reconhecida. Tal abordagem, por complexa, demanda uma leitura das soluções adotadas por tais sistemáticas de controle jurisdicional, notadamente a norte-americana e austríaca-kelseniana, com alguns reflexos posteriores da teoria alemã.

Assim, de início, torna-se premente elucidar que o direito norte-americano consolidou o sistema de controle constitucional judicial e difuso, prevalecendo a concepção de que a lei inconstitucional está eivada de nulidade absoluta, da qual não emerge nenhuma eficácia, sendo a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade a única solução admissível, diante da supremacia máxima da Constituição engendrada pela máquina federalista.

Já no sistema austríaco, adotou-se a atribuição de efeitos *ex nunc* e até mesmo *pro futuro* quanto à decisão que proclama a inconstitucionalidade, fundada nos preceitos basilares de Kelsen acerca da necessidade de segurança jurídica e em respeito à concepção de que os legisladores também são intérpretes da constituição, descabendo ao Judiciário anular os efeitos emergentes do exercício da tarefa legislativa. No sistema alemão, por sua vez, não obstante a adoção da regra da nulidade absoluta, a técnica de controle adotou variantes da decisão declaratória de inconstitucionalidade que aproximam este sistema do modelo

kelseniano. Nessa linha, o Tribunal Constitucional alemão mantém uma larga margem de manipulação dos efeitos de suas decisões por meio da adoção de mecanismos que lhe permitem a declaração parcial da nulidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, interpretação conforme o texto constitucional e o apelo ao legislador.

À luz dessas premissas, acresça-se que o Brasil institucionalizou um modelo de controle de constitucionalidade sob fase histórica de grande influência dos Estados Unidos, onde restava consolidado há mais de um século a forma federativa de estado e o sistema de controle judicial e difuso. Entretanto, sob o argumento de que o sistema mostrou-se insuficiente à míngua de institutos que conferissem suporte a este modelo no Brasil, tais como o *stare decisis* e o *writ of certiorari* americanos, o constituinte derivado de 1965 transpôs à Constituição de 1946 o modelo de controle de constitucionalidade austríaco pela via abstrata.

Assim, construiu-se aqui um modelo misto, conjugando-se as vias direta e indireta de controle, com a agravante de que as soluções alternativas à pura de inconstitucionalidade, preconizadas pelo sistema alemão para os casos em que a declaração com efeitos retroativos afasta-se ainda mais da vontade constitucional, vêm sendo cada vez mais adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, em verdade, a desvirtuando e fazendo transparecer um indevido papel da corte como legislador positivo, sob pretensas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social³.

2.1

O modelo norte-americano e a sua influência na jurisdição constitucional brasileira

A constituição imperial de 1824 não vislumbrava qualquer margem ao controle judicial de constitucionalidade, circunstância atribuída à influência do constitucionalismo francês, o qual, em nome de uma separação dos poderes, negava a possibilidade de uma esfera estatal intervir nas demais⁴. Além disso, a

³ OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão*. Porto Alegre: ED. PUC/RJ, 2008, p. 1.

⁴ POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 84.

instituição de um Poder Moderador - função conferida privativamente ao Imperador para que zelasse pela “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos” (artigo 98 da Constituição de 1824) ⁵, impedia que se consolidasse no Brasil uma cultura jurisprudencial que atribuísse ao Judiciário a atribuição de exercer o controle de constitucionalidade nos moldes existentes nos Estados Unidos.

Com esse foco, da leitura da Constituição de 1824, percebe-se como característica principal a concentração de grande soma de poder nas mãos do Imperador, que era o titular dos poderes Moderador e Executivo, tornando-o centro administrativo-político da nação. Os seus artigos 153 a 163, à guisa de ilustração, são elucidativos ao mencionarem que o Poder Judiciário era exercido por juízes de direito vitalícios, garantia passível de suspensão pelo imperador, ainda que mediante iniciativa popular (artigo 157). Não obstante a instalação de uma corte suprema nacional - o Supremo Tribunal de Justiça - inexistia controle jurisdicional da constitucionalidade, cuja guarda nominalmente cabia à Assembléia Geral, formada por uma Câmara de Deputados indiretamente eleitos e por um Senado, integrado por membros natos e vitalícios - estes nomeados pelo Imperador a partir de lista tríplice e aqueles pelos príncipes da Casa Real (artigos 14 e 15).

Nos Estados Unidos da América do Norte, distintamente do que ocorrera no Brasil, o controle de constitucionalidade desenvolveu-se em harmonia com a consolidação do federalismo, culminando na reunião de vários entes para a constituição de um estado soberano que vislumbrava no Poder Judiciário um suposto guardião do pacto federativo norte-americano.

Alexander Hamilton, no artigo de número 78 da obra “O federalista” ⁶, expõe a relevância da revisão judicial - *judicial review* – para a preservação da democracia⁷. Apesar de inexistir referência expressa na constituição americana de

⁵ OLIVEIRA, Aline Lima de. *Op. cit.*, p.2.

⁶ *O Federalista* é um conjunto de artigos escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que, entre outros, participaram da Convenção da Filadélfia, a qual deu origem à Constituição Americana de 1787. Os artigos foram publicados na imprensa de Nova Iorque a partir de 27 de outubro de 1787, com primeira edição consolidada em dois volumes em março e maio de 1788.

⁷ Segundo autores como Negri, o Federalista expressa uma tradição de constitucionalismo de caráter republicano como forma preventiva de inibir o advento de uma democracia constituínte. Para tanto, o autor afirma, dentre outras passagens: “O contrapeso democrático está no federalismo. (...) Aos cidadãos que indagam os motivos que levaram a Convenção a não adotar uma declaração de direitos, Hamilton responde que tais declarações, nascidas como contratos entre o rei e o povo, ‘não podem ser inseridas nas constituições expressamente fundadas no poder do

que a competência para interpretar as leis de acordo com o espírito da constituição caberia aos tribunais federais, tal concepção tomou corpo e marcou o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade - judicial e difuso por excelência. O referido autor americano, contudo, ressaltou que o simples fato de os tribunais serem os responsáveis pela interpretação das leis e, por via de consequência, da própria Constituição, não autorizava a inferência da superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. O controle judicial, em verdade, conferiria transcendência ao poder do povo, colocando-o acima de ambos. A máquina federalista, assim, procurava asseverar que caberia ao Judiciário fazer valer a soberania do povo sempre que a vontade do Legislativo se opusesse aos interesses populares. Tal imperativo de obediência à Constituição encontraria fundamento na sua superioridade hierárquico-normativa, na medida em que representaria a base dos interesses sociais⁸.

Neste quadro teórico, Hamilton lançava mão de outro argumento para justificar o controle judicial de constitucionalidade das leis, baseado na ponderação de que o legislador dificilmente retificaria as leis que tivesse elaborado, uma vez que “o mesmo espírito que predominou em sua elaboração estaria presente quando da interpretação; seria ainda menos provável que homens que infringiram a Constituição, no papel de legisladores, estivessem dispostos a reparar seus erros quando investidos no papel de juízes”⁹. Nas palavras do autor, a circunstância de as limitações impostas pela Constituição serem extrapoladas pela legislação acarretaria, por decorrência lógica, a sua nulidade:

povo, cuja aplicação é confinada a representantes e servidores diretos deste’. E acrescenta, com a hipocrisia típica dos advogados: ‘Vou ainda mais longe e afirmo que um *Bill of Rights*, com o sentido que se lhe quer dar, não é apenas supérfluo para a constituição proposta, mas poderia até mesmo ser perigoso’ (...) Que Hamilton integre a família dialética da teoria do Estado, é algo que há muito tempo se suspeita; mas foi só recentemente, através de uma leitura intensiva de Hegel e de uma leitura extensiva de Hamilton, que se percebeu o quanto é hegeliana a concepção de Hamilton segundo o qual o Estado é uma máquina para construir a sociedade civil, um lugar de superação ordenada da empiria política, uma obra através da qual a sociedade civil se revela como um conjunto formado por contratos, moralidade, família, religião e ética – tudo isto sob o primado da lei. Essa forma-Estado representa a perfeição da sociedade civil e do desenvolvimento histórico. Aqui, a dialética aparece como chave da mais adequada interpretação do constitucionalismo liberal; não por acaso este descamba em apologia do Estado. A ideia de liberdade encarna-se no Estado e exclui todo projeto de liberação. (...) Se os direitos de liberdade são garantidos pelo Estado, liberação e poder constituinte são, por isto mesmo, excluídos da vida política. Disto resulta uma imagem autocentrada, autônoma e independente da forma de Estado”. (NEGRI, Antonio. *A emancipação política na constituição americana*. In *O poder constituinte - ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. pp. 240, 253, 272-273).

⁸ HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Campinas: Russell, 2003, p. 472.

⁹ *Ibidem*, p. 488.

[...] Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem. [...] ¹⁰

Nessa trajetória jurídica, a Suprema Corte norte-americana, no curso do julgamento proferido no caso *Marbury vs. Madison* em 1803, em voto da lavra de seu notório presidente John Marshall, ressaltava, cerca de quinze anos depois, que tal atribuição do Poder Judiciário seria decorrência lógica dos modelos que adotam uma Constituição escrita, dotada de superioridade hierárquico-normativa. Assim, advogava a tese do controle judicial de constitucionalidade, ponderando que de nada adiantaria aos juízes jurarem a Constituição se não tivessem autoridade para declarar nulas as leis que com ela fossem incompatíveis. Sob tal premissa, o juiz delineou a tese de que o texto constitucional norte-americano “confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento” ¹¹.

Nesse contexto, surgiu nos Estados Unidos, sob o fundamento da supremacia da Constituição, a tese de que a expressão *lei inconstitucional* caracterizaria uma contradição em si, uma vez que ou a lei é constitucional ou não chegaria a ser lei. Nas palavras de Thomas Cooley, “semelhante disposição rigorosamente não é uma lei porque não estabelece regra alguma; é meramente uma fútil tentativa para estabelecer *uma lei*”. ¹² Ronaldo Poletti, por seu turno, assevera que a lei inconstitucional, verdadeiramente, não poderia ser considerada lei, haja vista que “essa teoria adere à ideia da Constituição escrita e deve ser

¹⁰ *Ibidem*. P. 471.

¹¹ MARSHALL, John. *Decisões Constitucionais*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908, *apud* POLETTI, Ronaldo. *Op. Cit.*, p. 52-53; Na mesma trilha emergiu sua afirmação durante a Convenção da Virgínia, a fim de corroborar a tese da nulidade da lei inconstitucional em face da supremacia da Constituição, *in verbis*: “ Se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juízes, como infringentes à Constituição, da qual eles são o guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem a sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la nula.” ¹¹ *Ibidem*, p. 41.

¹² COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002, p. 34.

aceita pelos Tribunais e, se nula for a resolução legislativa por opor-se contra a Constituição, os Tribunais não podem considerá-la lei”¹³.

De forma ainda mais enfática observa-se a defesa do *judicial review* e da nulidade da lei inconstitucional, consagradas na tradição norte-americana, em trecho no qual Marshall destaca, mais uma vez, no referido caso *Marbury versus Madison*, a superioridade normativa da Constituição:

[...] Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição ‘uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura ofensivo da constituição, é nulo¹⁴. [...]

No exame dessa questão, Laurence Tribe destaca que Marshall justificaria o controle judicial sob dois enfoques: em primeiro lugar, no fato de que a Constituição é a lei fundamental de uma nação, e não mero estatuto de estruturação política ou de distribuição de direitos e deveres, que deverão determinar as diretrizes das instituições jurídicas. O segundo aspecto seria a circunstância de que a Constituição, por ser lei, deve ser conhecida e aplicada pelas Cortes, as quais exercerão a função de identificar o conteúdo da Constituição. A dificuldade em se distinguir esses dois aspectos nos levaria a ponderar que a própria avaliação do judicial review “deve ser cuidadosa ao distinguir o dançarino da dança; ou seja, a tarefa é evitar os extremos do direito natural e do positivismo”¹⁵. Assim, as teorias do afastamento da lei inconstitucional no caso concreto e da declaração de nulidade pelo Judiciário estariam correlacionadas, respectivamente, com tais aspectos do *judicial review*. Por um lado, a nulidade decorreria do fato de a Constituição operar de *per se*, resultando daí a noção de que a decisão declaratória de inconstitucionalidade representa apenas um reconhecimento da sua força. Por outro lado, a questão

¹³ POLLETTI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁴ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 3. ed. Campinas: Russell, 2009, p. 41.

¹⁵ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2 ed. Mineola, N.Y: The Foundation Press, 1988, p. 26-27.

constitucional apenas seria levada ao Judiciário para a composição de um caso concreto cuja decisão produziria efeitos tão-somente em relação aos envolvidos, não se estendendo aos casos futuros¹⁶.

A técnica do *stare decisis*, com inspiração inglesa do *common law*, foi adotada pelo direito norte-americano como técnica para garantir a estabilidade e a coerência das decisões judiciais. Os precedentes jurisprudenciais das Cortes Superiores, contudo, têm força vinculante apenas nos casos em que há identidade de questões jurídicas ou fáticas, não restando subordinados os magistrados ao mesmo precedente quando identificada a mudança de entendimento com fundamento na ausência de razoabilidade ou equívoco da solução até então adotada. No exame dessa questão não se pode desconsiderar que o *precedent* é a única ou o conjunto de várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou juízes que lhe são subordinados, valendo ressaltar que os julgados das *inferior courts of original jurisdiction* – órgãos jurisdicionais de primeiro grau –, não constituem precedentes¹⁷. Como decorrência, consolidaram-se, respectivamente, as técnicas do *overruling* e *distinguishing*, aplicáveis nas hipóteses de precedentes cujo objeto seja uma questão constitucional.¹⁸

Ocorre, entretanto, que em razão da sistemática adotada pela técnica norte-americana, não são abarcados casos em que, por razões diversas - seja por imobilismo das partes interessadas, seja por não configurarem em si uma lide - não tenham sido levados à apreciação do Poder Judiciário. Em outros termos, enquanto ninguém questionar a inconstitucionalidade da norma num caso concreto, esta continuará a vigorar e a afrontar a Constituição. Nesse particular, a

¹⁶ Ibidem. p. 28.

¹⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 40.

¹⁸ Nesse empreendimento teórico, é clara a assertiva de Alexy: “la técnica Del distinguishing sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva Del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica des supuesto de hecho no existente em el caso a decidir, de manera que no sea una característica des supuestode hecho no existente em el caso a decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Com esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. La técnica Del overruling, por el contrario, consiste em el rechazo del precedente (...) tanto el distinguishing como el overruling tienen que ser fundamentados. Según Kriele, para ello se necesitan razones jurídicas. Es pues correcto pensar que los argumentos prácticos de tipo general juegan em tales situaciones um papel especial. Pero junto a ellos son admisibles todos los otros argumentos posibles em el discurso jurídico.” ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación jurídica: la Teoría Del Discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1977, p. 266.

constitucionalidade da lei só poderá ser discutida quando a questão tiver relevância para o litígio sob análise e, caso contrário, afastará qualquer aferição ou fiscalização possível da constitucionalidade. No exame dessa questão, Cappelletti destaca que naquele sistema as questões constitucionais em nenhuma hipótese podem ser apresentadas às Cortes, senão, conforme os ensinamentos de Kauper, enquanto ninguém questionar a inconstitucionalidade da norma num caso concreto, esta continuará a vigorar e a afrontar a Constituição¹⁹. Assim, o modelo americano não abarcaria casos que, por razões diversas, seja por imobilismo das partes interessadas, seja por não configurarem em si uma lide, não tenham sido levados à apreciação do Poder Judiciário.²⁰

Ocorre, entretanto, que o sistema norte-americano possui fórmulas que de alguma maneira terminaram por atenuar as restrições da análise da questão constitucional no controle difuso, tal como a admissibilidade da figura do *amicus curiae*, no qual interessados, mesmo não sendo partes diretamente envolvidas, podem se manifestar ou contribuir com pareceres. A presença dos *amici* nesse sistema permite a pluralização do debate constitucional, garantindo de certa forma a sua democratização²¹, conforme será melhor examinado em capítulo posterior.

Paralelamente, outro instituto que acaba por relativizar o modelo difuso norte-americano é o *writ of certiorari*, que consiste num requerimento à Corte Superior de revisão do julgado proferido por um juízo inferior. Tal sistemática confere ampla margem de discricionariedade à Suprema Corte, que decide quais as causas são merecedoras do exercício do seu controle, levando-se em conta mormente a relevância constitucional da matéria. Tal solução foi inicialmente adotada em 1891, pela Lei do Tribunal de Apelação, em virtude do significativo aumento do número de casos encaminhados à Suprema Corte. Impende ressaltar

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 112.

²⁰ A propósito, registra Cappelletti: “Com efeito, podem existir algumas leis que, ainda que inconstitucionais, fogem, porém, a toda possibilidade de controle incidental, pelo simples fato de que elas não podem, pelo seu particular conteúdo, dar lugar (ou pelo menos, de fato, não dão lugar) a lides concretas ou, em todo caso, a concretos episódios processuais civis, penais ou administrativos, para cuja solução ditas leis possam ser consideradas relevantes. Imagine-se, em particular, o caso de uma lei federal que viole a esfera de competência constitucional de um Estado-membro: se não puder surgir ou se, de qualquer modo, não surgir algum caso concreto em que aquela lei seja relevante, sobre ela, em um sistema de controle opere, exclusivamente, em via incidental, não poderá nunca ser exercido qualquer controle judicial de constitucionalidade.” *Ibidem*, p. 112.

²¹ BUENO FILHO, Edgard Silveira. “Amicus Curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade”. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, nº 14, junho/agosto, 2002.

que a Lei Judicial de 1925 igualmente previu a hipótese em que seria possível afastar a maioria das petições de revisão nos casos em que não chegasse na forma de apelações vinculantes. Por fim, em 1988, eliminou-se definitivamente a apelação de natureza obrigatória, referente aos Tribunais Federais, de modo a identificar-se claramente a proximidade da Suprema Corte com os Tribunais Constitucionais, em razão da plena discricionariedade na eleição das causas que pretende julgar.

Portanto, quanto aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, o modelo clássico norte-americano sofreu adaptações por parte da Suprema Corte, que passou a adotar novos critérios para fixar a eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, levando em conta as consequências da retroatividade no âmbito da própria Administração da Justiça. A tese da nulidade da lei inconstitucional era aplicada sem reservas até o ano de 1965, a partir de quando se conferiu eficácia pro futuro às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, perspectiva adotada no caso *Linkletter versus Walker*²². Linkletter solicitou a revisão da sentença que lhe havia condenado com base num tipo de provas reconhecido como contrário ao *due process of law* no caso *Mapp versus Ohio*. Sob essa ótica, é oportuna a referência de Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes:²³

[...] A condenação de Dolree Mapp foi realizada com base em evidências colhidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento de 1ª instância, declarou que “a regra de exclusão” (baseada na 4ª Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da “regra de exclusão” afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas. A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 US 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a esses princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*. [...] ²⁴.

Com efeito, o aspecto mais relevante do precedente destacado refere-se ao fato de que, utilizando o argumento de que a Constituição não proíbe nem exige o efeito retroativo das declarações de inconstitucionalidade, a Suprema Corte

²² 381 US 25, 1965.

²³ 367 US 643, 1961.

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 437.

indeferiu o pedido de Linkletter, consideradas em especial as consequências de uma eventual decisão que reconhecesse a eficácia retroativa, sendo certo que havia muitas situações assemelhadas já definidas pelo Judiciário e o reconhecimento da eficácia *ex tunc* certamente implicaria em uma avalanche de demandas sob a pretensão de que tais casos já solucionados fossem revistos, o que colocaria a administração da justiça em risco. Confirma-se o posicionamento majoritário da Suprema Corte:

[...] 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 a experiência.” [...] ²⁵

Neste claro processo de transformação da jurisprudência norte-americana, passou-se a admitir, além dos efeitos retroativos amplos, decisões declaratórias de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* (*prospective overruling*), conforme ponderação a ser feita de acordo com as particularidades do caso. Do mesmo modo, oportuno destacar que se estabeleceu naquele sistema técnicas distintas no que se refere à eficácia prospectiva das sentenças de inconstitucionalidade. Assim, sob o prisma da regra do *pure prospectivity*, o efeito retroativo não alcança nem mesmo ao caso que provocou a manifestação da Corte acerca da constitucionalidade da norma; a sentença apresenta apenas efeitos para o futuro. Tal dinâmica de efeitos, no entanto, causa grande perplexidade por não se aplicar ao próprio processo em que a questão é discutida. Cuidando dessa falta, surge também a tese da *limited prospectivity*, segundo a qual a sentença produzirá efeitos apenas em relação aos casos iniciados após a decisão, possuindo, contudo, certa dose de retroatividade, pois alcança o caso que originou a questão²⁶.

No exame dessa questão não se pode desconsiderar o fato de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional no Brasil, como referenciado, foi introduzido sob a pena de Rui Barbosa por ocasião da promulgação da Constituição Republicana de 1891, notavelmente influenciada pelo sistema federalista e

²⁵ United States Reports, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 438.

²⁶ OLIVEIRA, Aline Lima de. *Op. cit.*, p. 5.

republicano norte-americano. Orientado por tais premissas, o autor delineou a tese de que declarar nula uma lei que contrariasse a Constituição resultava da própria essência do sistema, pois que “onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade”²⁷.

O foco da questão está no fato de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro incorporou como regra a teoria da nulidade, segundo a qual uma lei declarada inconstitucional é reputada como nula *ipso jure*, com eficácia *ex tunc*, retroagindo com o intuito de “retirada” da norma do ordenamento jurídico. Consiste em uma nulidade absoluta, comparável em inúmeros casos ao próprio ato inexistente, haja vista que a lei inconstitucional sequer gera efeitos. O fato é, como já se mencionou, que a doutrina ora se refere à lei inconstitucional como ato nulo e ora como ato inexistente, muitas vezes acarretando um tumulto conceitual em relação aos institutos diversos, sendo certo que a inexistência paira no mundo dos fatos e a nulidade no mundo jurídico, mais especificamente no plano da validade²⁸.

Nesse quadro teórico, como ato inexistente a lei não chegaria a adentrar o mundo jurídico, ficando adstrita ao mundo dos fatos. Tratar-se-ia de algo que em verdade *não é*, pois não preencheria de forma suficiente os pressupostos necessários para configurar um ato jurídico. A constitucionalidade de uma lei seria condição *sine qua non* de sua existência. Assim, não haveria que se mencionar desconstituição da lei eivada de inconstitucionalidade, mas em mera declaração de inconstitucionalidade da mesma. Impende ressaltar que não obstante a defesa por parcela da doutrina de que a lei inconstitucional é ato

²⁷ BARBOSA, Rui. *Atos institucionais*. Op. cit. p. 40.

²⁸ Marcos Bernardes de Mello observa na doutrina francesa a origem da concepção do ato inexistente como categoria autônoma, diversa da de ato nulo e anulável, reconhecendo, teoricamente, a distinção feita pelos franceses estaria correta, porém, pecando em dois aspectos: a) Primeiro, por considerá-lo uma categoria jurídica, quando se trata, na realidade, de mera situação fática, exatamente porque o ato não chegou a entrar no mundo do direito por não se haver realizado, suficientemente, o seu suporte fático; inexistência é conceito próprio do mundo dos fatos, jamais do mundo jurídico. b) Segundo, pela exigência de que o ato inexistente terá de ser desconstituído judicialmente. O que não é, não precisa ser desfeito (desconstituído), precisamente porque nunca existiu, nunca foi. Pode haver necessidade de declaração da inexistência, não, porém, de desconstituição. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55-60.

inexistente²⁹, segundo a clássica teoria do fato jurídico a questão se localiza no campo da validade.³⁰

Segundo Kelsen, “dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade”³¹. O ato jurídico, no plano da validade, a depender do grau de violação dos requisitos da validade, será nulo ou anulável. A doutrina de Pontes de Miranda, ao fazer a distinção entre os conceitos de nulidade e anulabilidade, observa ser:

[...] nulo o ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fático do negócio jurídico anulável. Nulo e anulável existem. No plano da existência (entrada no mundo jurídico), não há distinguí-los. Toda distinção só se pode fazer no plano da validade. Se disséssemos que aquele não existe, confundi-lo-íamos com o inexistente; se disséssemos que nulo é o que não tem efeitos, transplantaríamos ao plano da eficácia problema que só há de ser posto e resolvido no plano da validade. Trata-se de distinção interna ao plano da validade, baseada em maior ou menor gravidade do défice. [...] ³².

Nesse particular, Marcelo Neves sintetiza que, via de regra, a nulidade implica na (i) impossibilidade de convalidação da norma; (ii) eficácia *ex tunc* da decretação de invalidade da norma; (iii) a anulabilidade, por sua vez, por constituir situação menos grave, admite convalidação e o sistema atribui eficácia *ex nunc* à decretação de invalidade da norma³³.

Com a Proclamação da República foi estabelecida a forma federativa de estado e surgiu margem para a o controle jurisdicional de constitucionalidade, diante da instauração do Decreto de nº 510 de 22 de junho de 1890, conferindo competência recursal ao Supremo para analisar ofensas à Constituição, bem como às leis federais – Artigo 58, §1º, *b*. Ademais, o Decreto de nº 848 de 11 de outubro

²⁹ Na lição de Francisco Campos, “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido” (CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 49).

³⁰ Na esteira do entendimento, Barroso sintetiza que: “Uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender requisitos impostos pela norma maior. (...) se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato é existente. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também válido.” BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 308.

³² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. t. IV., p. 29-30.

³³ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 45.

de 1890 instituiu a Justiça Federal, veiculando dispositivos que viriam a ser preconizados pela Carta de 1891.

Por conseguinte, com advento da Constituição de 1891, implantou-se no Brasil, sob forte influência da pena de Rui Barbosa, o controle de constitucionalidade das leis nos moldes do modelo norte-americano, com a forma incidental de controle e a adoção da tese da nulidade da lei inconstitucional. Segundo teorizado pelo referido mestre, os tribunais e juízes não anulavam as leis inconstitucionais, mas apenas declaravam as suas nulidades, uma vez que o Judiciário não teria competência para anular atos de outros poderes. Entretanto, em momento posterior, ponderou o doutrinador que a anulação da lei inconstitucional seria uma consequência imediata da solução que se conferiria ao caso concreto, haja vista que embora não fosse expressamente revogada, a norma receberia um golpe mortal, passando, então, a ser inexecutável³⁴.

Percebe-se, assim, que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade realizou-se originariamente pela via incidental, apenas. A Constituição de 1891 dispunha que a matéria constitucional seria conhecida pelos juízes e tribunais nas demandas em que fosse levantada, com previsão expressa de competência recursal do Supremo Tribunal Federal e competência originária dos tribunais e juízes federais para resolver questões de inconstitucionalidade (artigos 59 e 60). A competência do Supremo Tribunal Federal, com o papel de corte constitucional e federativa, portanto, determinava que lhe caberia o conhecimento dos recursos interpostos das decisões de última instância dos tribunais, quando questionada a validade de leis ou atos dos governos estaduais em face da Constituição ou leis federais, considerados válidos pelas cortes locais (artigo 59, b). Nas ideias expressas de Rui Barbosa, principal artífice do direito constitucional do período:

[...] Em qualquer país de Constituição escrita há dois graus na ordem da legislação: as leis constitucionais e as leis ordinárias. Nos países federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quádrupla: a Constituição Federal, as leis federais, as Constituições de Estados, as leis destes. A sucessão, em que acabo de enumerá-las, exprime-lhes a hierarquia legal. Ela traduz as regras de precedência, em que a autoridade se distribui por essas quatro espécies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras entre a segunda e as duas subsequentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a

³⁴ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, v. 1, 1910, p. 104.

precedência na autoridade. Uma vez manifesta a colisão, está *ipso facto* resolvido. O papel do tribunal é apenas declaratório; não desata conflitos: indica-os, como a agulha de um registro, e, indicando-os, indicada está por sua natureza a solução. A lei mais fraca cede à superioridade da mais forte. [...] ³⁵

Assim, qualquer juiz ou tribunal poderia analisar a questão constitucional quando suscitada pelas partes litigantes em uma ação judicial, afastada a aplicação da lei em conflito com a Constituição. Nesse primeiro momento, a própria Lei de nº 221 de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal, especializada sobretudo em causas que envolvessem questões constitucionais ou em que a União fosse parte, consagrava em seu artigo 13, §10, o entendimento de que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais com as leis e com a Constituição” (grifos nossos). Consoante Versa Bonavides, “a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É o controle por via incidental” ³⁶. Ressalte-se, por oportuno, a consagração expressa pela Carta de 1891 da garantia do devido processo legal e do *habeas corpus* em seu artigo 72.

Tal sistematização permeia nosso aparelho de constitucionalidade nacional até os dias atuais, e passará a ser analisada em paralelo às demais influências históricas perpetradas pelo método austríaco-kelseniano, notáveis em especial a partir da carta de 1934. De toda sorte, o ponto central que se quer destacar alude ao fato de que a possibilidade de um contorno liberal e individualista do modelo difuso de controle de constitucionalidade, a fim de exercer o papel de defesa dos cidadãos perante o Estado, porém numa visão substantiva da democracia, aparenta a dependência de uma participação da sociedade na fiscalização dos atos normativos do Poder.

2.2

O influxo do modelo austríaco-alemão no Brasil

De início, importa observar a que enquanto no modelo norte-americano as partes que impugnam determinada lei como inconstitucional participam da relação

³⁵ BARBOSA, Rui. *Atos inconstitucionais*. 2 ed. Campinas: Russell, 2004, p. 57-8.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302.

processual com o juiz na solução da questão constitucional, no modelo austríaco é defeso ao magistrado pronunciar-se no que se refere à constitucionalidade da lei, função que cabe tão-somente à Corte Constitucional. A organização em torno da centralização do poder de decidir acerca da constitucionalidade de uma lei é uma característica preponderante do modelo austríaco, pois o sistema difuso acarreta a coexistência de soluções destoantes para uma mesma questão constitucional, o que naturalmente enfraquece a Constituição e desestabiliza o direito. Ao pronunciar-se acerca do modelo norte-americano, Kelsen destaca que em tal sistema qualquer juiz é competente para avaliar a constitucionalidade de uma lei:

[...] a desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à própria Constituição. [...] ³⁷

Contudo, Kelsen salienta que esta prática nos Estados Unidos não é tão problemática como na Áustria antes da Corte Constitucional, levando-se em conta que naquele não há órgãos administrativos independentes das cortes judiciais, podendo sempre o indivíduo apelar ao Judiciário em relação a um ato administrativo, somado ao fato de que a hipótese restaria amenizada em razão do instituto do *stare decisis*, o qual confere vinculação obrigatória às decisões da Suprema Corte.

A estruturação de um sistema de controle erigido em torno de uma instância central suprema com competência exclusiva para decidir sobre a constitucionalidade das normas viabiliza especialmente a adoção do sistema da anulação total de lei, dotada do efeito *erga omnes* e para todos os casos concretos enquadrados pela normatividade da lei questionada como inconstitucional, e não apenas para o caso concreto que deu ensejo ao questionamento. Sob essa ótica, mostrou-se mais coerente um modelo de controle fundado em um processo objetivo cujo núcleo consistia apenas na questão constitucional, sob a perspectiva do interesse público na revisão judicial da legislação. A concretização do sistema tal como idealizado por Kelsen, deu-se a partir da Constituição austríaca de 1920, a qual dispôs acerca da competência de uma Corte Constitucional para a revisão

³⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.

judicial da legislação - *Verfassungsgerichtshoft* – à qual cabia o poder de interpretar a constituição e anular a lei que se julgasse inconstitucional com efeitos *ex nunc*.³⁸

A constituição austríaca de 1920 previa que o controle de constitucionalidade seria exercido por meio de uma ação especial de iniciativa de alguns órgãos políticos, inicialmente não dispendo os magistrados de competência sequer para provocar a interpretação da Corte Constitucional. Com revisão constitucional em 1929, a Corte Suprema para as causas civis e penais – *Oberster Gerichtshof*, e a Corte Suprema para as causas administrativas – *Verwaltungsgerichtshoft*, tiveram conferida tal atribuição, identificada por Cappelletti até mesmo como um verdadeiro dever de não aplicar as leis de constitucionalidade duvidosa sem a prévia oitiva da Corte Constitucionalidade³⁹.

No que concerne aos efeitos atribuídos à declaração de inconstitucionalidade no modelo austríaco, a sentença possui caráter constitutivo e geral, ou seja, considera-se válido o ato normativo até a sua anulação pela Corte Constitucional., tomando-se por ineficaz para todos a contar da publicação da decisão anulatória ou somente a partir de data futura estabelecida pela Corte, prazo não excedente a dezoito meses. A respeito deste lapso temporal, Kelsen esclarece que “permitia à legislatura substituir a lei impugnada por uma nova que fosse constitucional, antes que a anulação se tornasse efetiva”⁴⁰. Nessa ótica, é interessante a ressalva de que a constituição austríaca, diferentemente da norte-americana, dispôs expressamente sobre os efeitos atribuídos à decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, ao que Kelsen afirma como essencial ao objetivo de evitar respostas contraditórias⁴¹.

Não se quer negar, com isso, que em alguns casos, a anulação da lei inconstitucional pode trazer consequências indesejadas e que se afastam ainda mais da vontade constitucional. A esse respeito, Kelsen observa que somente nos

³⁸ OLIVEIRA, Aline Lima de. *Op. cit.*, p. 6.

³⁹ Não obstante a mencionada reforma, remanescia a impossibilidade dos juízes de hierarquia inferior permanecerem sem a possibilidade de abster-se de aplicar a lei que reputassem inconstitucional, conforme ressalva Cappelletti: “Com o sério inconveniente de que, em um processo civil, penal ou administrativo, somente na fase final (e eventual) desenvolvendo-se perante o *Oberster Gerichtshof* ou o *Verwaltungsgerichtshof* poderá, enfim, não ser aplicada uma lei que, ainda que porventura manifestamente inconstitucional, necessariamente deve ser aplicada pelos juízes inferiores.”CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 108.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p; 305.

⁴¹ *Ibidem*, p. 311.

sistemas onde vigora a “teoria da nulidade *ab initio*”, a declaração de inconstitucionalidade tem o condão automático de restaurar a lei ou a norma da *common law* precedentes. Isto porque, a nulidade atinge inclusive o efeito derogatório da lei declarada inconstitucional, reputando-se como se nunca tivessem deixado de vigorar, por ficção jurídica, as normas que lhe eram anteriores. Em sentido oposto, em sistemas onde se adota a anulação da lei inconstitucional sem eficácia retroativa, tal eficácia derogatória subsiste. Configurar-se-ia, assim, um quadro de anomia, no qual a questão ficaria sem disciplina jurídica, na medida em que a lei que regulava a matéria é anulada e a que lhe era anterior continua derogada⁴². Por tais razões, em sistemas que adotam a eficácia *ex nunc* da decisão anulatória da lei inconstitucional seria importante a previsão expressa no texto constitucional acerca dos efeitos repristinatórios, como forma de evitar o vácuo normativo que se configuraria a partir da entrada em vigor da decisão da Corte Constitucional. Contudo, Kelsen ressalta:

[...] Seria lamentável que a Constituição fizesse da reaparição desse estado uma regra geral imperativa, para todos os casos de anulação das normas gerais (...) o poder que seria conferido desse modo ao tribunal constitucional, de fazer as normas entrarem positivamente em vigor, acentuaria sobremodo o caráter legislativo da sua função, ainda que só se referisse a normas que já haviam sido postas em vigor pelo legislador regular. [...] ⁴³

Muito embora a construção teórica do modelo norte-americano tenha exercido inegável influência sobre o sistema brasileiro, notadamente difuso e calcado na adoção da teoria da nulidade em seu primeiro momento, as declarações de inconstitucionalidade no Brasil não causavam o mesmo impacto resultante da força vinculante das decisões da Suprema Corte. Lá, as declarações de inconstitucionalidade no caso concreto adquiriam, de fato, em razão do instituto do *stare decisis*, quase uma eficácia *erga omnes*. Em que pese o fato de não haver uma forma de se retirar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, assim como não havia aqui, o efeito vinculante das decisões declaratórias de inconstitucionalidade cumpria esse papel. ⁴⁴

⁴² KELSSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 317-318.

⁴³ *Ibidem*, p. 172 e 318.

⁴⁴ Sob esse prisma, é oportuno citar o posicionamento de Fábio Leite: “Em que pese a proximidade entre o modelo brasileiro e o norte-americano, havia, no entanto, uma diferença entre ambos que os afastou significativamente. É que nos EUA, em função do princípio do *stare decisis*, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, ainda que tomada em um caso concreto, nenhum órgão do Poder Judiciário poderia mais aplicar a referida norma, o que

Nessa ótica, Kelsen sugere como mais razoável permitir que a Corte Constitucional pondere, casuisticamente, se a entrada em vigor da anulação terá efeitos repristinatórios, ou seja, se fará retornarem em vigor as normas anteriores à lei inconstitucional, definindo especificamente quais delas. Observa-se, assim, a incorporação de tal concepção ao sistema austríaco, uma vez que, se de um lado a Constituição prevê o efeito repristinatório como regra ao dispor que se a lei é anulada com base na sua inconstitucionalidade por decisão da Corte Constitucional, as previsões legais revogadas pela lei cuja inconstitucionalidade foi proclamada pela Corte tornam-se efetivas novamente, a menos que a decisão disponha de outra forma, no dia da entrada em vigor da anulação; de outro, estabelece que a publicação da anulação da lei deverá também anunciar se e quais previsões legais entrarão novamente em vigor. (artigo 140) ⁴⁵.

Em essência, Kelsen justifica a adoção da técnica da anulação sob a premissa de que não existe a possibilidade de uma norma válida ser inconstitucional, categoria que não reconhece. Para o doutrinador, ou a lei é contrária à Constituição, e, neste caso, um ato inexistente; ou a lei é válida e, assim, conforme ao texto constitucional. Tal fato se explica em virtude de o fundamento de validade das normas jurídicas residir na própria Constituição. Não obstante seu posicionamento, Kelsen reconhece que é preciso buscar um significado para a expressão “lei inconstitucional”, de uso corrente na jurisprudência tradicional. Nessa linha de raciocínio, conclui que o único significado pode ser de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo ordinário de revogação legislativo, qual seja, em razão da edição de outra norma, mas também por meio de um procedimento especial previsto pela Constituição. Entretanto, durante o período em que não tiver sido ainda revogada terá de ser considerada como válida e, por conseguinte, enquanto válida não pode ser inconstitucional⁴⁶.

Nessa ordem de ideias, levando-se em conta a circunstância de que o ato nulo não preenche suficientemente os requisitos que prescritos por uma norma

na prática implica reconhecer uma eficácia *erga omnes* a esta decisão. (...) Uma decisão da Corte Constitucional pela qual não apenas se anulava uma lei, mas também se restaurava uma norma precedente, não era mero ato negativo de legislação, mas sim um ato positivo.” LEITE, Fábio Carvalho. “ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta”. In: *Revista de Direito do Estado (RDE)*, vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 14.

⁴⁵ Oliveira, Aline Lima de. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 300.

jurídica superior, não há que se cogitar da necessidade da sua desconstituição, eis que não se trata de algo que chegou a se constituir. De modo diverso ocorre com o ato anulável, o qual, apesar de irregular, é válido enquanto não lhe seja retirada a validade. Entretanto, Kelsen é enfático quanto a não se poder delimitar de forma precisa o limite entre o nulo e o anulável, tarefa que *a priori* caberia ao direito positivo. A fixação de exigências formais mínimas para que uma lei não seja considerada nula evita o cenário de descumprimento da norma jurídica apenas com base na justificativa de que o ato simplesmente não é uma lei. Tal cenário pode ser evitado, por exemplo, quando a Constituição estabelece que tudo o que for publicado como lei no Diário Oficial deverá ser assim reconhecido, quaisquer que sejam as suas supostas irregularidades, enquanto não for anulada pela autoridade competente⁴⁷.

Muito embora reconhecida por Kelsen a necessidade de se contemplar a nulidade absoluta, por se tratar de garantia constitucional, o doutrinador afirma que mesmo as decisões que declaram a nulidade da lei devem ter natureza constitutiva:

[...] O problema da nulidade absoluta, difícilíssimo tanto teórica quanto tecnicamente, só diz respeito à questão das garantias da Constituição na medida em que é necessário afirmar que também deve ser contemplada a nulidade – que nunca pode ser totalmente subordinada à Constituição, e que, por conseguinte, a nulidade desses atos também é, em certo sentido, uma garantia da Constituição. (...) do ponto de vista do direito positivo, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeito retroativo. [...] ⁴⁸

Ainda nas palavras do autor, “o ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação”. Uma predileção pela teoria da anulação da lei inconstitucional e sua impugnação à teoria da nulidade *ab initio*, funda-se na preponderância que se dá ao preceito da segurança jurídica. No contexto de um Estado democrático, onde o povo se reúne em assembléia para editar as leis ou confia esse poder a um parlamento por ele eleito, deve vigorar a presunção de validade das normas legais. Sob essa ótica, o vínculo de confiança entre a sociedade e o órgão legiferante é essencial para a manutenção da ordem jurídica,

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 141-143.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 142.

pois é com base nas normas por ele editadas que os indivíduos pautam as suas condutas⁴⁹.

Importa saber, essencialmente, que o sistema alemão adotou a teoria da nulidade da lei inconstitucional, em que pese o fato de ter se inspirado nas ideias de Kelsen ao elaborar o controle abstrato de constitucionalidade. As origens da jurisdição constitucional na Alemanha remontam à Constituição de Weimar, de agosto de 1919, que instituiu a Suprema Corte de Justiça (Staatsgerichtshof), a ser disciplinada posteriormente por uma lei federal⁵⁰. Sob esse enfoque, percebe-se claramente a influência exercida pelo sistema austríaco concebido por Kelsen sobre o modelo alemão de controle de constitucionalidade, assim como ocorreu no italiano. A recepção de um modelo calcado em uma ação direta, cuja legitimidade era atribuída a alguns órgãos políticos, e o efeito *erga omnes* das decisões proferidas pela Corte Constitucional são indícios fortes a confirmar tal influência⁵¹. Em que pese essa clara influência, esses dois modelos foram além, erigindo a solução da problemática austríaca, quanto à proibição de os juízes comuns exercerem qualquer análise da constitucionalidade da lei aplicável ao caso, ainda que a considerassem inconstitucional. Nesse aspecto, os sistemas desenvolvidos na Alemanha e Itália permitia aos juízes submeterem a questão constitucional à Corte Suprema, a fim de que esta decidisse definitivamente sobre a constitucionalidade da norma a ser aplicada⁵².

Se por um lado é patente a influência do modelo Kelseniano sobre o alemão ao adotar um sistema concentrado de controle de constitucionalidade, no que concerne aos efeitos atribuídos à declaração de inconstitucionalidade a influência mostrou-se diversa, uma vez que o direito alemão como regra a fórmula da declaração de nulidade absoluta da lei inconstitucional, portanto, afastando-se do modelo austríaco e aproximando-se, neste quesito, à técnica norte-americana. Em um primeiro momento, a regra absoluta adotada pelo Tribunal Constitucional Federal consistia em declarar a nulidade de uma norma que violasse a Constituição, com eficácia *ex tunc*. Apesar de inexistir disposição normativa expressa nesse sentido, a jurisprudência alemã incorporou essa tese, em um

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, 1984.

⁵¹ MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. *Op. cit.*, p. 109.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 109.

primeiro momento, como a única solução capaz de fazer valer a supremacia da Constituição. A opção por essa orientação, no entanto, foi gradativamente sendo arrefecida na medida em que o Tribunal Constitucional Federal, ao assumir o efetivo papel de intérprete da Constituição, passou a adotar outras variantes decisórias, ao lado da declaração absoluta de nulidade da lei inconstitucional e da interpretação conforme a Constituição, originariamente adotada. Para esse desiderato, desenvolveram-se instrumentos alternativos para a efetiva aplicação da Lei Fundamental, quais sejam: a declaração parcial de nulidade sem redução de texto; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e o apelo ao legislador⁵³.

Apesar da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional ainda ser dominante no modelo alemão, os efeitos *ex tunc* dessa decisão têm pouca importância na prática na medida em que a proteção da coisa julgada, consagrada pelo §79 da Lei do Tribunal Constitucional como limite aos efeitos retroativos, resulta na intangibilidade das sentenças transitadas em julgado, até mesmo nos casos em que tiverem fundamento em norma declarada nula, com exceção das sentenças penais, uma vez que estas poderão ser revistas inclusive quando a decisão da Corte Constitucional for declaratória da mera incompatibilidade com a Lei Fundamental⁵⁴.

No Brasil, interessante o alerta de Carlos Velloso no sentido de que restou expressiva a influência do Direito Constitucional austríaco e alemão sobre a Constituição de 1934, tal como registrado por João Mangabeira, Levi Carneiro e Pontes de Miranda, seus principais comentaristas⁵⁵. Fruto de processo constituinte desencadeado com a Revolução Constitucionalista de 1932, no qual as oligarquias rurais paulistas demonstravam sua insatisfação com o novo quadro de poder instituído com a Revolução de 1930 e a chefia de Getúlio Vargas a frente do Governo Provisório, de plano percebe-se que a Carta de 1934 representava uma tentativa de compromisso entre as concepções do liberalismo político e do intervencionismo sócio-econômico, sob a pretensão de consolidar metas nacionalistas, trabalhistas e desenvolvimentistas da Revolução de 1930, sob as

⁵³ OLIVEIRA, Aline Lima de. *Op. cit.*, p. 13.

⁵⁴ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005, p. 109.

⁵⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 154-154.

luzes do constitucionalismo social e econômico consagrado nas constituições mexicana de 1917, soviética de 1918 e da República de Weimar em 1919⁵⁶.

É premente elucidar, em linhas gerais, que a Constituição de 1934 manteve o sistema difuso oriundo da Constituição de 1891 e estabeleceu a exigência de *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, atribuindo ao Senado a competência para suspender a execução de ato normativo declarado inconstitucional depois Judiciário, além de introduzir a ação de inconstitucionalidade, de iniciativa do Procurador-Geral da República perante a Corte Suprema, para fins de intervenção federal. Instaurou-se, então, a chamada “reserva de plenário”, sendo certo que o artigo 179 da Carta dispunha expressamente que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato do Poder Público”. Assim, a disposição conferia a possibilidade de os Tribunais de Apelação, também pela via incidental, proclamarem a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, desde que mediante a maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes. Deste modo, tal como nos dias atuais, aos juízes de primeiro grau cabia apenas afastar a aplicação da lei inconstitucional, deixando de conhecê-la. Interessante observar que o artigo 9º, inciso IV, da Carta de 1934 instituiu a possibilidade de se atribuir efeito *erga omnes*, contudo *ex nunc* – não retroativo -, às decisões de controle de constitucionalidade, embora mantendo o efeito *ex tunc* exclusivo com relação às partes que integram o caso concreto.

Quanto à previsão de competência do Senado Federal, observa-se uma clara perspectiva de revisão do dogma da separação dos poderes, numa aparente tentativa de se formular um modelo de coordenação, figurando o órgão num papel de mediador entre o órgão representativo e o Judiciário.

Com efeito, a Constituição de 1934 simbolizou relevante marco rumo à introdução do controle de constitucionalidade por via direta, particularmente ao prever que a Suprema Corte, por iniciativa do Procurador-Geral da República, deveria manifestar-se sobre a constitucionalidade da lei que proclamasse a intervenção federal em caso de inobservância dos denominados princípios sensíveis, deveres constitucionalmente impostos aos estados, fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 160.

interventiva, de iniciativa do Senado (artigo 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º) ⁵⁷.

Sob a égide do Estado Novo de Getúlio Vargas, a Constituição de 1937 manteve o controle difuso por via de exceção, entretanto, a declaração de inconstitucionalidade perderia o efeito se o presidente voltasse a submeter a lei ao Parlamento Nacional e este a ratificasse. Para desconstituir a decisão judicial, seria necessário um quórum igual ao da aprovação de emendas à Constituição (artigo 96). Não obstante a lógica, a doutrina aponta que, na prática, a Carta representou um retrocesso da jurisdição constitucional brasileira, sendo certo, inclusive, que até a instalação do parlamento – que nunca ocorreu - o presidente teria a competência legislativa plena por meio dos decretos-lei. ⁵⁸

A Constituição de 1946, marcada pelo fim do Estado Novo com a oposição brasileira aos países do Eixo durante a Segunda Grande Guerra, por seu turno, retomou o modelo introduzido pelas Cartas de 1891 e 1934 (artigos 8º, 64, 101 e 200), restaurando o controle difuso por via de exceção e os institutos da representação interventiva, cláusula de reserva de plenário e participação do Senado Federal. A representação interventiva consolidou-se efetivamente como mecanismo de controle de constitucionalidade com o advento da Constituição de 1946, levando-se em conta que passou a ter por objeto o pronunciamento acerca do próprio ato estadual, e não mais a lei que decretava a intervenção. Entretanto, apesar de ter desempenhado “importante papel como instrumento de concretização dos princípios sensíveis no direito constitucional estadual” ⁵⁹, “(...) a representação interventiva, mesmo após as modificações produzidas pela Constituição de 1946, continuava sendo um caso de controle concreto, ainda que por via de ação direta” ⁶⁰, uma vez que o objeto processual “não era a declaração de inconstitucionalidade em tese do ato estadual, mas a solução de um conflito

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Op. cit.*, p. 54; Clèmerson Merlin Clève ressalta que a Constituição de 1934 trazia, assim, uma nova modalidade de controle de constitucionalidade: “uma ação direta que, conquanto não inaugure um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade (julgamento da ação constitui pressuposto da decretação da intervenção federal), não se reconduz à configuração da fiscalização incidental. Cuida-se de procedimento que fica a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de um modelo de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 99.

⁵⁸ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 154-155.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁰ LEITE, Fabio Carvalho. *Op. cit.*, p. 80.

entre a União e o Estado-membro – qualificado pelo fato de que poderia resultar na decretação de intervenção federal”⁶¹.

Com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, o mecanismo constitucional da Carta de 1946 teve incorporado ao nosso sistema o controle de constitucionalidade por via de ação, definida a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (artigo 2º). Tal postura identifica claramente, sob o aspecto material, uma ampliação do controle abstrato, que antes se restringia aos conflitos federativos. Sobre o fato de ter sido editada em plena ditadura militar, não obstante o intuito de guarda da ordem constitucional, Gilmar Ferreira Mendes salienta o aspecto da economia processual:

[...] o instituto, introduzido no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, tinha por escopo, tal como consta da Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de Trabalho dos tribunais inferiores. A decisão do Supremo Tribunal Federal deveria orientar a jurisdição ordinária na decisão de casos semelhantes. [...] ⁶²

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 mantiveram as mesmas regras na Constituição de 1946, no que se refere ao Controle de Constitucionalidade, dispondo acerca da competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigos 114, inciso I, e 119, inciso I, respectivamente).

Ressalte-se, por oportuno, o monopólio de tal modalidade de controle nas mãos do Procurador-Geral da República, em tempos de ditadura militar, sendo certo que não estava necessariamente obrigado a representar a suposta inconstitucionalidade da qual discordava⁶³. Não obstante o debate erigido em torno da função exercida pelo Procurador-Geral da República, se discricionária ou não, o que se considerava uma faculdade, gradativamente transmutou-se em poder-dever de encaminhar a controvérsia constitucional ao Supremo Tribunal

⁶¹ *Ibidem*, p. 80.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. *Op. cit.*, p. 64-5.

⁶³ LEITE, Fábio de Carvalho. *Op. cit.*, p. 83.

Federal, que detinha competência para solucioná-la. Nessa concepção, Gilmar Ferreira Mendes separa dois grupos de autores conforme a orientação acerca da polêmica ação representativa:

[...] Autores de renome, como Pontes de Miranda [...], Josaphat Marinho [...], Caio Mário da Silva Pereira [...], Themístocles Cavalcanti [...] e Adauto Lúcio Cardoso [...], manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de um juiz último da inconstitucionalidade das leis. Outros, não menos ilustres, como Celso Agrícola Barbi [...], José Carlos Barbosa Moreira [...], José Luiz de Anhaia Mello [...], Sérgio Ferras [...] e Raimundo Faoro [...], reconheceram a faculdade do exercício da ação pelo Procurador-Geral da República⁶⁴. [...]

Destaque-se que a questão restou profundamente alterada com a Constituição de 1988, que, em linhas gerais, extinguiu o monopólio do Procurador-Geral da República de propor a representação de inconstitucionalidade, conferindo tal iniciativa a um elenco significativo de legitimados, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 45 (artigo 103). Nesse âmbito, surgiram novos instrumentos, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), com o objetivo de tornar efetiva as normas constitucionais dependentes de regulamentação; a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), instituída pela Emenda Constitucional nº 3/1993, propondo resolver o impasse acerca do caráter dúplice da representação de inconstitucionalidade, agora ação direta de inconstitucionalidade, diante da resistência de alguns em aceitar que o Supremo Tribunal Federal conhecesse da ação quando o Procurador-Geral da República se manifestasse pela constitucionalidade da norma impugnada; e, por último, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que veio integralizar o sistema de controle abstrato, eis que, segundo o princípio da subsidiariedade, aplica-se aos casos em que não houver meio apto para resolver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata⁶⁵

Sob tal perspectiva, na nossa concepção, constata-se uma evolução do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, com a inserção da técnica de controle pela via direta, incorporando ao nosso ordenamento características do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, eminentemente concentrado

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. *Op. cit.*, p. 68.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 89.

e abstrato. Promoveu-se, assim, a junção dos dois modelos, sobretudo o norte-americano e o austríaco, o que caracterizaria o nosso sistema como misto, com a tendência jurisprudencial recente de incorporar mecanismos decorrentes do sistema alemão.

2.3

Controle de Constitucionalidade na Constituição de 1988

A partir da análise das constituições anteriores até a atual, percebe-se que o controle de constitucionalidade no Brasil iniciou-se com a adoção do sistema norte-americano, que vinha desde o início da República aos poucos migrando para um sistema eclético, que combina o modelo difuso, por via incidental, com o método concentrado, por via de ação direta, implantado com a Emenda Constitucional de n 16/1965 à Carta de 1946. A Constituição de 1988, nesse contexto, manteve em sua plenitude o controle difuso-incidental, ampliando de forma significativa o modelo concentrado-principal, fortalecendo sensivelmente o controle abstrato em especial pela via da ação direta.

Das inovações oriundas do texto de 1988, conforme mencionado, verifica-se a quebra do monopólio outorgado ao Procurador-Geral da República no que tange à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, aumentando sobremaneira os entes legitimados à iniciativa da fiscalização abstrata, do que se denota a ampliação significativa do exercício da jurisdição constitucional no Brasil, como se percebe, inclusive, da previsão de quatro ações distintas de controle abstrato, pela via direta e concentrada.

A ação direta interventiva foi mantida como mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade por via de ação direta, estabelecidas novas ações específicas no âmbito do controle concentrado, tal como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, prevista no texto originário e disciplinada pela Lei 9.882/1999. Outra significativa inovação foi a criação da denominada ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, ambas introduzidas com o fim de reparar a omissão legislativa inconstitucional. Ademais, a Constituição de 1988 limitou os recursos extraordinários às questões constitucionais e reintroduziu a ação direta de inconstitucionalidade em âmbito

estadual, que não havia sido prevista na Constituição de 1967. Importante ressaltar a criação da ação declaratória de constitucionalidade, por força da Emenda Constitucional nº 3/1993, como mais uma ação integrante do controle abstrato por via direta e concentrada⁶⁶.

Por fim, sob o pretexto de reduzir a sobrecarga de causas de natureza puramente privada em grau recursal no Supremo Tribunal Federal, desenvolveu-se um processo de reforma constitucional que culminou com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, objetivando reduzir ao máximo a atuação do Supremo Tribunal Federal nas lides com interesses meramente particulares, o que restringiria a atuação do STF à função institucional de guardião da Constituição. Acompanhada de alteração jurisprudencial, a referida Emenda criou, em especial, a súmula vinculante em matéria constitucional, bem como o requisito da repercussão geral nos recursos extraordinários, o que inegavelmente importou em uma significativa alteração na operacionalização do controle difuso de constitucionalidade, como será adiante demonstrado.

Sem embargo da notável expansão do sistema de controle pela via direta e abstrata, não se pode ignorar a importância da jurisdição constitucional desempenhada pelos juízes e tribunais ordinários mediante o controle de constitucionalidade difuso, concreto e incidental, via mais acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Nesse passo, cumpre estabelecer uma sintética visão conceitual concernente às principais características dos institutos estabelecidos pela jurisdição constitucional brasileira vigente, sem a pretensão de esgotar a análise da matéria, mas tão-somente a fim de respaldar a análise que se pretende desenvolver acerca da construção jurisprudencial e legislativa que formam o núcleo do presente estudo, ressalvadas as referências complementares posteriores que se mostrarem pertinentes às finalidades da argumentação desenvolvida.

2.3.1

Controle difuso de constitucionalidade

Com essa tônica, o controle difuso de constitucionalidade, também tratado por concreto, por via incidental ou aberto, consiste no exame da

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 256.

constitucionalidade de leis e atos normativos por qualquer Juízo ou Tribunal. Nesse passo, cumpre esclarecer o correto entendimento concernente a tais nomenclaturas aplicadas à modalidade, uma vez que encerram conceitos distintos, não obstante guardem semelhanças e recebam igual tratamento de modo recorrente por nossa doutrina e jurisprudência nacionais.

A partir dessa premissa, reputa-se como um controle difuso em razão do exercício por todos os órgãos do Poder Judiciário, independente da especialidade e grau de jurisdição. Por sua vez, diz-se que é um controle aberto por força da ampla competência para apreciar a constitucionalidade das normas. Por outro lado, a conceituação como controle concreto deriva da hipótese de confronto das leis com a Constituição no curso de uma demanda na defesa de posições subjetivas. Do mesmo modo, o tratamento de controle indireto ou incidental (*incidenter tantum*) deve-se à pressuposição da verificação da constitucionalidade como condição para a solução do caso concreto, e não como objeto principal da prestação jurisdicional, uma vez que a declaração da inconstitucionalidade produzirá a consequência da não-aplicação da norma na relação jurídica concretamente deduzida em juízo⁶⁷.

A respeito da denominação da arguição de constitucionalidade como controle por via de exceção ou defesa, deve-se ao fato de que originalmente, era reconhecida como argumento a ser deduzido pelo réu, como fundamento para desobrigar-se do cumprimento de uma norma inconstitucional. Sob a perspectiva das partes confrontantes, entende-se que encerra um controle subjetivo ou *inter partes*, em que o cotejo da norma atenderá aos interesses pessoais insertos na lide. Doutro giro, no que se refere ao momento em que o controle é exercido, apresenta-se em regra como repressivo e posterior (*a posteriori*), pois sua análise respeita a uma norma já posta no ordenamento, apta a produzir efeitos jurídicos. Poderá ser exercido preventivamente, no entanto, a exemplo do Mandado de Segurança impetrado por parlamentar que objetiva o resguardo do devido processo legislativo que integra. Sendo assim, essa modalidade de controle pode ser provocada por todos aqueles que façam parte, de alguma forma, da relação processual. Deste modo, verifica-se que além dos sujeitos litigantes, os terceiros

⁶⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 69.

intervenientes, o Ministério Público (seja parte ou *custos legis*) e o próprio Judiciário, de ofício, investem-se de tal capacidade⁶⁸.

No que toca ao controle concreto de constitucionalidade, realizado perante os tribunais, impende ressaltar que o artigo 97 do texto de 1988 manteve a disposição acerca da reserva de plenário, fundada na presunção de constitucionalidade das leis, de modo a impedir que os órgãos fracionários dos tribunais (turmas e câmaras), declarem a inconstitucionalidade das leis, exceto se houver precedente do respectivo Colegiado ou do próprio Supremo Tribunal Federal, tratando-se de condição de eficácia do pronunciamento sobre a inconstitucionalidade. A respeito, destaca Cunha Júnior:

[...] Isso significa que, em sentido contrário, não se exige, nos tribunais, a reserva de plenário para a declaração da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, que pode ser pronunciada por órgão fracionário (as Câmaras, Turmas ou Seções). A reserva de plenário só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade. [...] 69

Interessante ressaltar que o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido em relação às normas emanadas das três esferas de poder, independente da hierarquia, mesmo que anteriores à constituição⁷⁰. A doutrina assinala, ainda, que quaisquer atos normativos primários, incluídas as lei federais, estaduais, municipais e distritais, o direito ordinário infraconstitucional preexistente, as normas constitucionais derivadas, os tratados internacionais, as medidas provisórias, e até determinados atos tipicamente regulares, figuram como possíveis objetos de ações incidentes⁷¹.

No que tange ao procedimento da aludida modalidade de controle, há que se observar duas perspectivas, a depender do órgão competente para realizar o controle. Suscitada a inconstitucionalidade perante o juízo singular, o magistrado tomará como prejudicial de mérito a questão arguida por uma das partes, uma vez que o núcleo da discussão não reside na inconstitucionalidade em si, mas na pretensão deduzida em juízo. Por outro lado, a fiscalização da constitucionalidade das normas realizadas pelos tribunais está regulamentada nos artigos 480 a 482 do

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 81

⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 310.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.*, p. 84.

⁷¹ MOTA FILHO, Sylvio Clemente da; BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Campus, 2007, p. 890.

Código de Processo Civil, de modo que, suscitada a inconstitucionalidade, o relator determinará a prévia oitiva do Ministério Público e então submeterá a matéria ao respectivo colegiado. Caso rejeitada a inconstitucionalidade arguida, o processo seguirá seus trâmites ordinários. Caso acolhida, será lavrado o acórdão e submetida a questão ao Plenário do Tribunal ou órgão que reúna a competência para tanto, tal como o Órgão Especial das cortes estaduais. Resolvida a prejudicial, o processo retornará ao órgão fracionário para a solução do objeto principal, restando vinculado à decisão do plenário sobre a inconstitucionalidade⁷². Assim, verifica-se a repartição da competência entre o plenário e órgãos fracionários dos tribunais para respectivamente decidirem sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, bem como do mérito da lide principal, de modo sucessivo.

Quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, conforme já abordado tal modalidade origina-se da sistemática norte-americana do *judicial review*, através da qual a norma declarada contrária à lei hierarquicamente superior deve ser considerada absolutamente nula. Daí se denota que a natureza da decisão é declaratória por reconhecer uma situação preexistente, qual seja o vício congênito da inconstitucionalidade. Por afetar o plano da validade dos atos jurídicos, a norma existe, mas, por ser inválida, não adentra o plano da eficácia e é inapta a produzir os efeitos que lhe seriam próprios. Por conseguinte, no que concerne aos efeitos atinentes às partes litigantes, basicamente operam *inter partes* e *ex tunc*, uma vez que, via de regra, a sentença que declarar a inconstitucionalidade *in concreto*, atingirá somente as partes envolvidas no litígio, até mesmo porque o julgador está adstrito aos limites da demanda. O efeito será, dessa maneira, *inter partes*, não abarcando terceiros. A decisão no controle concreto não dispõe de força vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, ainda quando proferida pelo STF. Quanto ao efeito temporal, tradicionalmente o reconhecimento da inconstitucionalidade, como tem conteúdo declaratório, produz efeitos pretéritos – *ex tunc*⁷³.

⁷² Os Enunciados de nº 293 e 455 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidam o entendimento de serem inadmissíveis Embargos Infringentes tanto quanto a matéria constitucional submetida ao plenário dos tribunais, quanto da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 18.

Tomando como parâmetro tais perspectivas, a pronúncia de inconstitucionalidade, quer provenha dos juízos singulares de primeira instância, quer emane do STF ou qualquer outro Tribunal, terá eficácia apenas *inter partes*, uma vez que a lei não será retirada do ordenamento jurídico. Em relação a terceiros, não participantes da lide, aprioristicamente a norma declarada inconstitucional pela via difusa continuará vigente e aplicável. Cunha Júnior ressalva, ainda, conforme já mencionado, que a assimilação pura do modelo norte-americano implicaria na proliferação de ações por terceiros igualmente afetados pela norma inconstitucional, o que traria a possibilidade de decisões conflitantes, já que cada órgão jurisdicional poderia decidir como melhor lhe aprouvesse, uns pela inconstitucionalidade, outros pela constitucionalidade, uma vez que os pronunciamentos sobre a inconstitucionalidade *incidenter tantum* no Brasil não são dotados de efeito vinculante. Para sanar essa possibilidade, foi mantido no texto de 1988 o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, atribuindo-lhe no artigo 52, inciso X, a competência para suspender a execução da lei ou ato normativos reconhecidos inconstitucionais pelo STF, resguardada a atribuição constitucional da Casa Legislativa.

Em que pese a previsão no ordenamento de mecanismos que permitem os efeitos atingirem terceiros, a jurisprudência do STF tem se mostrado “movediça” quanto ao tema, gerando inclusive reflexos legislativos, conforme será melhor explanado nos capítulos posteriores deste trabalho.

2.3.2

Controle abstrato de constitucionalidade

Com a mesma ressalva inicial do tópico anterior, cumpre situar este modelo no campo conceitual, a fim de traçar as balizas do objeto de estudo em foco nas seções seguintes do trabalho.

Nesse particular, a jurisdição constitucional diz-se concentrada exatamente pelo estreitamento da competência para manejar a fiscalização das normas. Afirma-se como um controle abstrato, pois a aferição da constitucionalidade é feita em tese, cuja finalidade é o exame da validade da lei em si, prescindindo-se do caso concreto. Em relação ao momento em que é exercido, trata-se de um controle repressivo e posterior (*a posteriori*), ou seja, cuja análise tem por objeto a

norma já posta e em condições de produzir efeitos. Nesta modalidade, a fiscalização é realizada via de ação, de forma direta, cujo principal objetivo é a análise da inconstitucionalidade em si. Trata-se de uma espécie de processo sem partes, de cunho objetivo, uma vez que não há relação jurídica em discussão. A doutrina assevera, ainda, que em sede de controle concentrado, o autor não alega a existência de lesão a direito próprio, pessoal, mas atuará como representante do interesse público na defesa da Constituição e da higidez do ordenamento jurídico⁷⁴.

Inicialmente adotado pela Carta de 1934, conforme já analisado, tal modelo de controle de constitucionalidade deriva do sistema austríaco-kelseniano, que tem por principal característica concentrar o monopólio da fiscalização de constitucionalidade das leis numa corte constitucional independente, e está fundado na teoria da anulabilidade, segundo a qual a lei se presume válida e eficaz até o momento em que seja cassada, de modo a evitar que os órgãos judiciais inferiores neguem aplicabilidade às normas⁷⁵.

Não obstante a recepção do sistema austríaco-kelseniano de controle de constitucionalidade fundada na teoria da anulabilidade e de efeito preponderante prospectivo (*ex nunc*), no Brasil a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado-principal, à semelhança do que ocorre em sede de controle difuso-incidental, implica na pronúncia da nulidade *ab initio* da lei ou do ato normativo atacado. Por via de consequência, a natureza do *decisum* é declaratória, já que reconhece um estado preexistente, constituindo um tempero da teoria da nulidade norte-americana à adoção do modelo austríaco. O efeito, portanto, será em regra retroativo (*ex tunc*), fulminando a norma no seu nascedouro⁷⁶. Nas palavras de Paula Arruda:

⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade*. *Op. cit.*, p. 75.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.*, p. 1039-1040.

⁷⁶ Tal como melhor explicitado na seção anterior, a revisão constitucional de 1929 modificou significativamente o sistema austríaco, ampliando o rol de legitimados para provocar o controle de constitucionalidade, incluídos tribunais jurisdicionais ordinários, bem como atenuando a regra de negativa da retroatividade das decisões e pronunciamentos da Corte Constitucional, surgindo a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão anulatória. Do mesmo modo, os efeitos retroativos sofreram temperamentos no sistema americano, com o reconhecimento de tal possibilidade pela Suprema Corte em julgado já mencionado. Contudo, ambos os modelos permanecem na aplicação preponderante de sua sistemática principal, constituindo tais temperamentos meras ressalvas, aplicadas em extrema excepcionalidade e até mesmo certa relutância.

(...) Tradicionalmente no Brasil há a equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade, fundamentada no fato de eu reconhecer efeitos à lei inconstitucional seria suspender provisória ou parcialmente a Constituição. Esse entendimento construiu-se com base na doutrina americana, *the unconstitutional statute is not law at all*. (...) ⁷⁷

Com efeito, como corolário da manifestação do reconhecimento retroativo da inconstitucionalidade, verifica-se o efeito repristinatório da legislação anterior revogada pela lei absolutamente nula⁷⁸. Ocorre, entretanto, sem embargo do afirmado, que a teoria da nulidade absoluta há muito vem sendo atenuada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, culminando com a edição de comando legal inserido no artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, que institucionalizou a denominada modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, sob o pretexto de adequá-la às situações da vida, ponderar seu alcance e mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar.

Tal instituto será melhor explicitado no capítulo posterior, entretanto, desde já cumpre consignar, em linhas gerais, que diante de tal inovação, foi conferida autoridade ao STF para excepcionar a regra geral dos efeitos no controle concentrado, mediante determinado quórum. Quanto aos efeitos subjetivos, poderá afastar a inconstitucionalidade de certos atos e até excluir determinadas situações de seu alcance, como algumas relações constituídas sob a égide da lei declarada inconstitucional ou até mesmo pessoas que em princípio seriam alcançadas pela decisão. Além disso, poderão ser afastados os efeitos repristinatórios do reconhecimento da incongruência da lei. Outro aspecto a se destacar alude a que o efeito temporal também poderá ser modulado, surgindo ao STF a permissiva de valer-se da teoria da anulabilidade e conferir eficácia *ex nunc* à decisão, de modo a anular seus efeitos a partir do trânsito em julgado, ou ainda, fixar um marco desde o qual cessará a eficácia da lei infratora. Nesse último aspecto, em particular, diverge a doutrina. Por um lado, prega-se que a delimitação do marco temporal pela Corte deve estar no pretérito – entre a entrada em vigor da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que a declarou inconstitucional, pois não se admite que a lei possa continuar produzindo efeitos

⁷⁷ ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 74.

⁷⁸ A esse respeito, confira-se, por elucidativa, o julgamento proferido na ADI nº 3.148, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.12.2006, DJ 28.9.2007.

após ser declarada inconstitucional.⁷⁹ Em contraposição, outra frente afirma que a fixação do momento de cassação da eficácia da norma deve ser futura, posterior ao trânsito em julgado, de modo a conferir-lhe uma sobrevida⁸⁰.

Nesse cenário, a partir de tais considerações, acresça-se que o controle concentrado e abstrato de jurisdição constitucional brasileira sob a égide da Constituição de 1988, está disciplinado em seus artigos 102 e 103, regulamentado pelas Leis de nº 9.868/1999 e 9.882/1999. A teor do artigo 103 ampliou-se a legitimação para a propositura da representação da inconstitucionalidade, que outrora pertencia somente ao Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal. Com esse recorte, cumpre ainda referir a previsão no §2º do artigo 103 da Constituição de 1988, da ADI por omissão, que possibilitou o controle das omissões legislativas mediante tal modalidade de ação direta. Previu-se, igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), nos termos do artigo 102 da referida Carta. Com o advento da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, estabeleceu-se a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Por fim, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 igualou os legitimados ativos para a ADI e ADC, modificando o artigo 103, de modo a estender à ADI o efeito vinculante estipulado para a ADC. Ressalte-se, ainda, a previsão da ação direta interventiva (ADI interventiva), à semelhança das disposições oriundas do texto de 1934, quando a intervenção for da União nos Estados ou no Distrito Federal, visando assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis.

No âmbito estadual, o §2º. do artigo 125 da CRFB/1988 instituiu a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais perante a Constituição da respectiva unidade federativa, de competência dos Tribunais de Justiça estaduais, em decorrência do pacto federativo, bem como a ADI interventiva, quando os Estados intervirem em seus Municípios para preservar seus princípios constitucionais sensíveis, a ADC de lei ou ato normativo estadual e ADPF decorrente da Constituição Estadual. Cumpre destacar que o rol de legitimados à propositura serão especificadas em cada Carta estadual, vedada a atribuição exclusiva a um único órgão, conforme dispõe o §2º. do artigo 125 da CRFB/1988.

⁷⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 201.

⁸⁰ A propósito, confira-se o RE 197.917, melhor abordado adiante.