

*Faculdade de Direito da
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
– UFPE –*

Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito

O Supremo Tribunal Federal e
a interpretação
constitucional –
formas de legitimar a decisão
judicial no controle abstrato de
normas

*Daniela Figueira Aben-Athar
Orientador: Prof. Dr. João Maurício Adeodato*

Janeiro – 2003

FOLHA DE APROVAÇÃO

Dissertação defendida em 14 de março de 2003.

Menção: aprovado

Orientador

Professor Doutor João Mauricio Adeodato

Presidente

Professor Doutor Geraldo Neves

Examinador Interno

Professor Doutor Andréas Krell

Examinador Externo

Professor Doutor Rossini Correia

Aos meus pais, Abraham e Graça, que sempre me proporcionaram apoio e compreensão incondicional.

Ao meu amado marido, Carlos Victor, que sempre tornou os obstáculos da vida mais fáceis de serem vencidos e me fez sentir o quanto a felicidade é um sonho realizável.

Agradecimentos

A elaboração da presente dissertação de mestrado é fruto de longo período de pesquisa e reflexão, como de praxe em trabalhos desta natureza, tornado possível pela compreensão familiar e, em especial, por ser membro da Advocacia-Geral da União, o que contribuiu para o melhor resultado dessa jornada. Devo-a, também, em grande parte a todos aqueles que, no campo pessoal e profissional, estiveram ao meu lado, apoiando-me nos momentos mais difíceis dessa travessia. Embora correndo o risco de, injustamente, omitir alguns nomes, gostaria de registrar minha eterna gratidão a algumas dessas pessoas.

Por mérito e justiça, meus pais e amado marido devem figurar no topo dessa lista. Faltam-me palavras para expressar, com fidelidade, o quanto fui agraciada com a honra de ter nascido de seres humanos tão ímpares e incansavelmente dedicados à felicidade de seus filhos. Quanto ao Victor, companheiro de longa data, igualmente não saberia demonstrar, plenamente, meu profundo amor, gratidão e admiração que vem sendo incrementados com o nosso convívio.

Agradeço também aos meus irmãos, pelo apoio fraternal, e à querida Denise, pela atenção e carinho dedicados a mim, como de mãe para filha.

No campo profissional, quero registrar, em primeiro lugar, minha eterna gratidão e carinho ao Professor Inocêncio Mártires Coelho, pelo grande apoio e incentivo permanente à minha carreira na Advocacia-Geral da União, sem o qual, certamente, tudo teria sido mais difícil. A convivência profissional foi ainda enriquecida pela extrema generosidade intelectual deste admirado Professor, sempre disposto a esclarecer as dúvidas (e, às vezes, as próprias idéias) de seus alunos. Sua orientação foi de valor inestimável durante todo o período de elaboração desse trabalho, cujas possíveis falhas são, naturalmente, de minha inteira responsabilidade.

O Professor João Maurício Adeodato é também uma presença de grande estima e importância em minha carreira. Sua reconhecida excelência como professor e pesquisador dispensa maiores comentários. Tê-lo como orientador foi, sem dúvida, uma grande honra minha. Sou-lhe muito grata pela rara oportunidade de aprendizado que essa convivência profissional me proporcionou, não só no campo da teoria e da pesquisa jurídica, mas também da docência.

O Professor José Rossini dos Campos Corrêa merece uma deferência igualmente especial, pela constante colaboração com a minha formação pessoal e incentivo profissional, além de ter viabilizado a realização do meu sonho de ministrar aulas de Direito Constitucional para a graduação do Curso de Direito na Faculdade Euro-Americana.

Aos demais professores da Pós-Graduação da Universidade Federal de Pernambuco, devo também importantes contribuições à minha formação profissional que, de alguma forma, permeia essa dissertação. Quero agradecer ainda aos queridos colegas de mestrado e doutorado, pelos momentos de agradável convívio e importantes auxílios prestados em diversas ocasiões.

Por fim, agradeço a todos os alunos da Euro-Americana que, direta ou indiretamente, contribuíram para o meu melhor resultado e mais uma vez ao Professor e Coordenador da Instituição, Rossini Corrêa, pela imensa compreensão e pelo apoio institucional indispensáveis à conclusão desse trabalho.

Resumo

A dissertação pretende explicitar de que forma as inovações introduzidas pela Lei nº 9.868/99, mormente a abertura da interpretação constitucional e a ponderação de interesses nos efeitos da decisão no controle abstrato de normas, contribuem para a legitimação da jurisdição constitucional. Com base na premissa de que o Judiciário é o poder que menos oferece risco à tergiversação dos ideais consolidados na Constituição de 1988, pretendemos reforçar a legitimidade do resultado da interpretação do Supremo Tribunal Federal, como verdadeira voz e alma da Constituição, na medida em que ele dá a última palavra em matéria constitucional e é também quem garante a eficácia das normas constitucionais.

Abstract

The dissertation intends to explain how the innovations introduced by the Law nº 9.868/99, especially the opening of the constitutional interpretation and the consideration of interests in the effects of the decision in the abstract control of norms, they contribute to the legitimation of the constitutional jurisdiction. Based on the premise that the Judiciary is the power that fewer offers risk to distort the ideals consolidated in the Constitution of 1988, we intend to reinforce the legitimacy of the result of the interpretation of Federal Supreme Court, as true voice and soul of the Constitution, in the measure in that he gives the last word in constitutional matter and it is also who guarantees the effectiveness of the constitutional rules.

SUMÁRIO

ABORDAGEM TEMÁTICA GERAL	7
1. FUNDAMENTOS DA EXISTÊNCIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO	12
1.1. Críticas ao Estado	18
1.2. A Constituição	20
1.3. Compreensão da palavra Constituição	22
1.4. A problemática do Poder Constituinte	23
1.4.1. Teorias do Poder Constituinte	25
1.4.2. Formas de expressão do Poder Constituinte	27
1.4.3. Legitimidade	28
2. CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL	32
2.1. Antecedentes do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário e “O Federalista”	33
2.2. O aresto de Marshall	38
2.3. História e Evolução do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das leis no Direito Brasileiro	46
2.3.1. A Constituição de 1824	46
2.3.2. A Primeira Constituição Republicana	49
2.3.3. A Constituição de 1934	53
2.3.4. A Carta de 1937	56
2.3.5. A Constituição de 1946	58
2.3.6. O texto da Constituição de 1967 e suas emendas	60
2.3.7. A Constituição de 5 de outubro de 1988	63
2.4. Formas de provocação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade	68
3. A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL	74
3.1. Democracia e o princípio da maioria	78
3.2. Proteção de minorias políticas	81
3.3. Fundamento democrático da jurisdição constitucional	83
3.4. Hermenêutica jurídica como concretização	87
3.5. Interpretação conforme a Constituição	91

4. FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS	96
4.1. A eficácia das decisões judiciais no controle abstrato de normas	104
4.2. A posição contrária aos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade	107
4.3. Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no Direito Comparado	108
4.4. Os temperamentos ao dogma da nulidade da lei inconstitucional na jurisprudência nacional antes da Lei nº 9.868/99	115
4.5. A inconstitucionalidade superveniente	118
4.6. Os efeitos temporais na Lei nº 9.868/99	122
4.7. A declaração de inconstitucionalidade e o efeito repristinatório	127
4.8. A ponderação de interesses e os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade	130
CONCLUSÕES	134
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	138

ABORDAGEM TEMÁTICA GERAL

A legitimidade dos órgãos judiciais para rever normas produzidas por órgãos legislativos, embora objeto de controvérsia desde os momentos iniciais de formação da jurisdição constitucional, tem sido uma realidade assente nos países que delegam o controle de constitucionalidade ao crivo do poder judiciário. Tal problema tem sido identificado pelas mais variadas correntes do pensamento jurídico. Habermas, como exemplo, ressalta que “a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas.”¹ Para ele, “o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador”, e a “transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa.”² Em outra passagem, põe em questão “se a delegação parlamentar dos juízes constitucionais é suficiente para satisfazer a exigência de uma legitimação democrática de percepção judicial de uma função, que tem que ser entendida – na arquitetura da constituição e na lógica da divisão dos poderes – como uma delegação do autocontrole do legislador ao tribunal constitucional.”³

O tema foi objeto de uma já exaustiva reflexão e tem motivado especialmente a teoria jurídica contemporânea. O que se pretende analisar no presente trabalho é como legitimar a influência do processo decisório judicial no modo de legitimação da jurisdição constitucional, trazendo a contribuição da abertura da interpretação constitucional e dos novos contornos do controle abstrato de normas, conferidos pela Lei nº 9.868/99, como alternativas para esse mister.

¹ Habermas, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, trad. de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 300.

² *Ibidem*, p. 301.

³ *Ibidem*, p. 325.

Optamos por estudar, no primeiro capítulo, os fundamentos da existência do Estado, da Constituição, a problemática do poder constituinte e a noção de legitimidade desse poder, principalmente para amparar a nossa premissa de que embora o judiciário se depare com problemas de concretização constitucional, é o poder mais apto a representar o interesse das minorias e, por conseguinte, extrair a jurisdição constitucional da própria idéia da democracia.

De fato, a inspiração que marcou o primeiro constitucionalismo, caracterizado pela pretensão de positivação das máximas de direito natural, acabou levando à formalização do conceito de constituição, definida, no limite, como lei constitucional. E se constituição e lei se identificam, não é pertinente conceber uma interpretação propriamente constitucional. Em caso de conflito entre lei constitucional e lei ordinária, deve o magistrado aplicar a de hierarquia superior, declarando uma nulidade que já vigorava. Tal decisão surtirá efeitos retroativos, dada sua natureza declaratória. A jurisdição constitucional é, portanto, para esse prisma, completamente compatível com a teoria da separação dos poderes. O ato legislativo só é legítimo dentro dos limites da conformação constitucional. Se o legislador extrapola tais limites, o tribunal constitucional fica legitimado para invalidar o seu ato.

Para melhor compreendermos o objeto do trabalho, indispensável a análise da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e as espécies de controle abstrato de normas atualmente em vigor, enfocadas no segundo capítulo desse trabalho.

Isso porque, persiste na doutrina alguma perplexidade sobre o direito das Cortes em declarar nulos atos legislativos, porque contrários à Constituição. Entendem que aquela faculdade implicaria uma superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo e, por conseguinte, numa violação ao princípio da separação dos poderes. Mas essa doutrina foi por nós rejeitada.

Não há necessidade de esclarecer o princípio da nulidade do ato que, embora exercido por uma autoridade delegada, é contrário ao teor do mandato outorgado pela autoridade delegante. Em conseqüência, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Para objetar essa conclusão, seria necessário afirmar que o deputado está acima dos representados; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens, agindo em virtude de poderes que lhes

foram concedidos, podem atuar não somente além daqueles poderes, como até em relação ao que lhes for proibido pela autorização.

Se for afirmado que os membros do Legislativo são, eles próprios, os juízes da Constituição em relação aos seus próprios poderes, e que o que eles construírem sobre isso está colocado acima dos outros Órgãos do Governo, é possível responder que isso não pode ser presumido, na medida em que não decorre de quaisquer dispositivos constitucionais. Seria supor que a Constituição autorizaria os representantes do povo a substituir a vontade dos constituintes. É mais racional supor que as Cortes foram designadas como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, para o fim, dentre outros, de manter os representantes nos limites assinalados à sua autoridade. A interpretação das leis constitui uma competência própria e peculiar das Cortes. Uma Constituição é, de fato, e deve ser vista pelos juízes, como uma lei fundamental. É preciso, entretanto, incumbi-los de averiguar o seu significado, como também o de qualquer ato proveniente do Poder Legislativo. Se ocorrer uma irreconciliável divergência entre a lei fundamental e o ato do Congresso, o que tiver maior obrigatoriedade e validade há de prevalecer. Em outras palavras, a Constituição há de ter prevalência sobre as leis, a intenção do povo prevalece sobre a intenção de seus representantes.

Essa conclusão não implica uma superioridade do Judiciário em face do Poder Legislativo. Supõe, apenas, que o poder do povo está acima de ambos e quando a vontade da legislatura, manifestada nas leis, colocar-se em oposição à vontade do povo, conforme ela está declarada na Constituição, os juízes devem obedecer à Lei Maior e não àquela.

Provavelmente, a questão da admissibilidade da jurisdição constitucional nunca deixará de inserir-se entre as aporias recorrentes da filosofia política e da teoria da Constituição, principalmente sua compatibilidade com o princípio democrático – enquanto governo da maioria – e com a missão dos tribunais. Porém, torna-se evidente que essa questão da legitimidade da justiça constitucional deixou de ser tema principal de controvérsia: o que sobretudo está em causa atualmente é o sentido, alcance, extensão e limites da jurisdição constitucional. Dessa forma, incluímos o presente trabalho entre os temas que provavelmente não se esgotam e dificilmente encontraram um consenso, mas nem por isso geram insegurança jurídica. Do que se trata agora é saber qual o sentido do princípio da maioria hoje em dia, e

em que medida é que ele deve continuar a servir de limite dos poderes do juiz constitucional. Daí porque, pretendemos reforçar a legitimidade de um dos poderes da federação brasileira para interpretar normas jurídicas, o que constitui, inclusive, uma das premissas adotadas para a conclusão do presente trabalho, que pretende legitimar não a causa, e sim o resultado da interpretação do Supremo Tribunal Federal, como verdadeira voz e alma da Constituição, na medida em que ele dá a última palavra em matéria constitucional e é também quem garante a eficácia da norma constitucional, para que a Constituição não se torne – na trilha do pensamento de Ferdinand Lassalle – uma mera folha de papel⁴.

A decisão constituída a partir de votação em assembléia, aliás, é um dos argumentos ao nosso sentir mais fortes para afastar do Poder Legislativo a atribuição de interpretar normas constitucionais. Isso porque, embora os membros desse poder tenham sido escolhidos pelo titular do poder constituinte, à luz do disposto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, diante de tantos interesses é difícil obter um consenso no âmbito desse poder e dele estão afastadas as pretensões das minorias, o que não ocorre com o Poder Judiciário.

De fato, embora a manifestação do Poder Legislativo dependa do apoio da maioria dos membros, basta a vontade de um cidadão para provocar o exame do Poder Judiciário sobre dada matéria. Daí exsurge a opção de atribuir a esse poder a legitimação constitucional de representar o interesse das minorias, focado no terceiro capítulo da obra.

Assim, se o princípio da separação dos poderes fez coisa julgada histórica, a opção por atribuir às Cortes Constitucionais o poder de interpretar a vontade do legislador constituinte, embora não tenha sido definitivamente consagrada no meio jurídico, certamente denota a consciência de que o poder judiciário é o que oferece menos perigo de tergiversar a intenção dos constituintes, porquanto ele não porta a espada (Poder Executivo) e nem a bolsa (Poder Legislativo).⁵

⁴ Em Lassalle, são os fatores reais de poder – constituição real e efetiva – representados pelos grupos dominantes – monarquia, aristocracia, burguesia, latifundiários, banqueiros, grandes industriais etc. – que na verdade regem uma nação. No momento em que essas classes resolvem materializar suas aspirações, transcrevendo-as para um texto e passando a chamá-lo de Constituição, nada mais fazem que dar a elas uma expressão escrita, tornado-as, a partir desse momento, um verdadeiro direito. Por isso, Lassalle considera que uma constituição escrita nada mais é do que uma folha de papel (*ein Stück Papier*). In Lassalle, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, trad. Aurélio Wander Bastos, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁵ A história tem demonstrado que o Poder Executivo já legitimou muitas vezes do seu poder pelo uso da força e que o Poder Legislativo move-se, em grande medida, por interesses econômicos.

Uma Constituição dirigente e compromissória como a Carta de 1988, regendo uma produção legislativa anárquica e inflacionada como a brasileira, suscita, naturalmente, problemas de alta complexidade no controle de constitucionalidade. O equacionamento satisfatório desses problemas nem sempre se compadece com o dogma da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade. Por isso, enfocamos no estudo do capítulo final a opção por flexibilizar este dogma, reconhecendo a faculdade do Judiciário de temperá-lo, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem.

Partindo-se dessa premissa, até mesmo com o intuito de contribuir para a formação dos nossos alunos de direito constitucional, desejamos ilustrar, de que forma a fundamentação dos julgados, a abertura da interpretação constitucional e a eficácia da decisão judicial no controle abstrato de normas, estas últimas implementadas pela Lei nº 9.868/99, contribuem para a legitimação do processo de criação judicial no texto constitucional realizado pelo Supremo Tribunal Federal: a legitimação do resultado.

1. FUNDAMENTOS DA EXISTÊNCIA DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO

1.1. Críticas ao Estado; 1.2. A Constituição; 1.3. Compreensão da palavra Constituição; 1.4. A problemática do Poder Constituinte; 1.4.1. Teorias do Poder Constituinte; 1.4.2. Formas de Expressão do Poder Constituinte; 1.4.3. Legitimidade.

Entendemos importante, antes de qualquer incursão no tema da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, procurar sublinhar o que é o Estado e a necessidade da sua existência para a sociedade. Estado seria, na nossa opinião, uma instituição artificialmente criada para tornar possível o convívio inter-relacional e induzir as pessoas a viverem cooperativa e solidariamente, dentre de um território delimitado e com uma população definida.

A necessidade de sua existência se deve ao caráter belicoso do ser humano em relação ao seu semelhante. Alguns pensadores chegam a afirmar que o ser humano é portador de um *mal radical*, que o leva a agir, freqüentemente, de forma desviante das obrigações morais.⁶ Louvemo-nos no grande Kant para confortar essa assertiva:

O homem é um animal que, quando vive entre seus congêneres, precisa de um senhor. Com efeito, abusa certamente de sua liberdade em relação aos outros semelhantes e, embora como criatura racional, deseje uma lei, que ponha limites à liberdade de todos, a sua animal tendência egoística desencaminha-o, no entanto, onde ele tem que renunciar a si mesmo. Necessita, pois, de um senhor que lhe quebrante a própria vontade e o force a obedecer a uma vontade universalmente válida...Esse senhor obviamente não será o próprio homem, porque de um lenho tão retorcido, de que o homem é feito, nada inteiramente direito se pode fazer. Somente o estabelecimento de uma Constituição, em que se defina a liberdade de cada um à

⁶ Consulte-se Denis Rosenfield – *Do mal*, L&PM Editores, p. 51.

condição de sua consonância com a liberdade de todos, enquanto essa é possível, segundo uma lei universal.⁷

Destarte, o Estado deve existir, segundo a reflexão que propomos, porque o homem é ambicioso e individualista e, embora tenha a necessidade de se associar aos outros, não consegue desvincular-se totalmente de sua fantasia de querer ser único e absoluto no contexto do mundo, ou seja, um ser social insociável, como dissera Kant.

Por outro lado, a existência do Estado, como instância mediadora da conflituosidade humana, pode ser explicada a partir dos achados da teoria econômica, ou seja, como uma necessidade de administrar a escassez dos bens e serviços disponíveis para satisfazer nossos desejos de consumo de bens e serviços. Nesse aspecto, Jean Paul Sartre, na *Crítica da Razão Dialética*, argumentou:

a força motriz que aproxima os homens é a escassez, já que a escassez e somente ela, que faz os homens trabalharem juntos, tendo em vista um fim comum. Temos, portanto, de encarar a escassez como a origem das sociedades humanas. Essa escassez gera o compromisso de não trair a expectativa do grupo associado, cogentemente, em razão da escassez. Mas o compromisso deve ser cumprido e seus membros devem ter certeza do que o será. É aqui que entram a violência e o terror. É o medo, em primeiro lugar, que impele os homens a formarem grupos e é o mesmo medo que deve mantê-los em grupo. O medo que vincula ao grupo é o terror. O terror é a garantia estatutária livremente assumida, de que ninguém sairá do grupo, é a solicitude mortal, pois graças ao terror que o homem torna-se um ser social.⁸

Fica claro que o Estado é necessário, expressando-se como o *terror instituído* (para usar a metáfora de Sartre) e é produto de uma idéia reguladora da existência humana, que se materializa na reunião de órgãos dotados de coerção exclusiva e absoluta, destinado a fazer os homens obedecerem às regras mínimas de ética no convívio social e observá-las.

Alguns poderiam objetar no sentido de que as leis morais ou religiosas, ensinadas aos homens, desde a idade mais tenra, seriam capazes de substituir a coação do Estado e tornar desnecessária a política. A experiência, no entanto, demonstra o contrário, tanto no passado, como no presente. A propósito dessa discussão, damos a palavra a Hobbes:

⁷ Kant, Imanuel. *Crítica da Razão Pura*, B 562, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 29.

⁸ Sartre, Jean Paul *apud Filosofia Política Contemporânea*, Editora UnB, 1975, p. 261.

a piedade, ou em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam, por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, para o orgulho, vingança e coisas semelhantes...Portanto, apesar das leis da natureza (que cada um respeita, quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará e poderá legitimamente confiar apenas em sua própria força e capacidade, como proteção de todos contra todos.É necessário um poder comum, que mantenha o respeito e dirija suas ações no sentido do benefício comum. Este poder pode ser chamado Estado, um Estado Político.⁹

Dessa forma, aparece o Estado como uma forma de racionalização do modo de ser político da natureza humana, visando a criar uma instituição que, além de pôr ordem e estabelecer limites na tendência destrutiva e maléfica do ser humano, imponha, por igual, um mínimo de ética no convívio social que, em outras palavras, quer dizer um mínimo de justiça no processo social.

Os autores que estudaram o direito e o Estado, que é o seu corolário, em sua maioria, convergem na afirmação de que somente a necessidade de ordem não justifica a existência do Estado.

É verdade que os apólogos do normativismo da Escola de Viena, liderada por Hans Kelsen, pensam diferentemente, pois o chefe dessa corrente assim lecionava:

o problema do Direito, na condição de problema científico, é um problema de técnica social, não um problema moral. A afirmação: "Certa ordem social tem o caráter de Direito, é uma ordem jurídica", não implica o julgamento moral de qualificar essa ordem de boa ou justa. Existem ordens jurídicas que, a partir de certo ponto de vista são injustas. Direito e justiça são dois conceitos diferentes. O Direito, considerado como distinto da justiça, é o Direito positivo. É o conceito de Direito positivo que está em questão aqui; e a ciência do Direito positivo deve ser claramente distinguida de uma filosofia da justiça.¹⁰

Nada a opor, sob o ponto de vista técnico, em relação a essa asserção, porquanto um sistema de direito e seu correlato, o Estado, exterioriza-se como um conjunto coerente de normas reguladoras do processo social, dotados de coercibilidade *potencial ou real*, tendo o Estado (ente constituído pelo sistema de normas) a função de torná-las eficazes por uma técnica de imputação legal.

⁹ Hobbes, Thomas. *O Leviatã, Os Pensadores*, Cap. XVII, São Paulo, 1983.

¹⁰ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8.

Contudo, sustentamos que o sistema jurídico, que molda o Estado, só se mantém se obtiver um mínimo de aceitação dos partícipes da relação estatal, ou seja, do conjunto da população que a política moderna denomina cidadãos.

Contrariamente às teorias segundo as quais o exercício efetivo de uma coerção física regulada é o critério do direito, fator que o distingue notadamente da moral e faz da ordem jurídica uma ordem de coação, é preciso incluir em semelhante definição a adesão dos que são submetidos à organização jurídica. Que só a coação possa legitimar uma ordem jurídica convence ainda menos porque, quanto mais pesada ficasse, mais total ficaria o Estado e melhor satisfeito ao critério assim posto. Fosse verdadeira essa premissa, a quantidade de crimes cominando severas penas aos infratores (pena de morte, por exemplo) seria proporcionalmente menor do que naqueles países que não as adotassem. Mas a vontade geral não é um critério muito mais satisfatório, pois ocorreu que a maioria do povo aderisse a um regime que oprime brutalmente a minoria ou que escolhesse inimigos extremos contra os quais ele faz a unidade nacional. O III Reich conjuga os dois critérios, o que leva com muito mais razão a afastar qualquer aplicação separada.

Seja alemã ou estrangeira, a jurisprudência posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial acrescenta ao duplo parâmetro interno – coação e adesão – um parâmetro externo, a que se poderia chamar reconhecimento. Que os povos civilizados partilhem da idéia comum de democracia e da justiça e que se tenham esforçado por empregá-la nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem fornece um critério aceitável da “legitimidade” de uma ordem jurídica estatal, no sentido de seu reconhecimento pelas outras ordens jurídicas.

Em apoio a essa convicção, invocamos as lições do professor Miguel Reale, em sua indispensável obra *Teoria Tridimensional do Direito*, onde os valores humanos individuais e sociais são partes integrantes da própria norma jurídica e sua razão de ser, bem como do filósofo Recasens Siches, que exige a *razoabilidade* da disposição normativa, ou seja, as normas jurídicas nunca podem afrontar as exigências comuns da vida humana.

Admitida a idéia de que os homens se deram conta de que precisavam de ordem e segurança em suas relações interpessoais, decidiram, assim, criar uma instituição política, forte e eficaz, que denominaram Estado, a fim de que ficassem

claros o *meu* e o *teu* de cada um no processo social e os limites de cada um na relação com os outros, até mesmo em suas pulsões afetivas.

O Estado foi aperfeiçoado a partir da Renascença, como uma forma soberana de domínio interna e externa, territorialmente organizada, secularizada e burocraticamente administrada, normativamente disciplinada e regularmente financiada por impostos.

Até a Renascença, a fundamentação do poder estava muito presa à religiosidade, como se os governantes tivessem intimidade com Deus e, portanto, apenas ao Criador e ao Papa deviam explicação de seus atos e a ninguém mais.

O movimento humanista dessacralizou a política e propôs a separação do poder temporal do poder espiritual, especialmente a partir das idéias do pensador italiano Marsílio de Pádua (1215-1343), sustentando que as leis não eram produto da vontade divina, mas uma criação da razão e que o governo devia ser leigo e não religioso. Triunfou, assim, a concepção do Estado laico ou secular, de que se valeu Maquiavel (1469-1527), mais tarde, para sustentar a ação amoral do governo (príncipe), em sua famosa obra *O Príncipe*.

Nessa obra, o autor vai afirmar que o príncipe deve e pode adotar qualquer medida que seja apta a mantê-lo no poder, devendo ser, ao mesmo tempo, amado e temido, recomendando inclusive a mentira, a quebra da palavra, se necessário. Citamos um trecho de sua famosa obra, para que os leitores tenham idéia da visão desse autor da política e do Estado:

Todos sabem que é louvável que o príncipe mantenha a palavra empenhada, e viva com integridade e não com astúcia. Contudo, a experiência dos nossos tempos mostra que os príncipes que tiveram pouco respeito pela boa-fé puderam com astúcia confundir os espíritos e chegaram a superar os que basearem a sua conduta na lealdade.¹¹

A despeito dos conselhos do sábio florentino de como devem agir os governos, muitos vêem nele o verdadeiro criador da teoria política e do Estado, sendo festejado pela direita radical (Mussolini escreveu *Prelúdios a Maquiavel*) e pela esquerda sofisticada. O grande Antônio Gramsci, marxista italiano, festejado como um ícone do marxismo moderno, escreveu uma obra inspirado em Maquiavel, denominada

¹¹ Maquiavel, Nicolau. *O Príncipe*, Editora Universidade de Brasília, in Curso de Introdução à Ciência Política, Brasília, 1984, p. 84.

Maquiavel, a Política e o Estado Moderno. Neste Estado, o Príncipe seria o partido comunista, liderado por intelectuais orgânicos, a serviço da causa operária, com o objetivo de construir uma *hegemonia*, envolvendo uma aliança com a pequena burguesia, formada por produtores médios, profissionais liberais, funcionários públicos, para tomar aparelho do Estado e depois destruí-lo, criando uma sociedade sem Estado, que é sonho de setores retrógrados do marxismo.

Rejeitamos liminarmente a idéia da mentira como instrumento de atuação política e a do desaparecimento do Estado, como instância coordenadora do processo social.

Afirmamos, destarte, a necessidade do Estado e, por conseguinte, da política. Recusamos os métodos de Maquiavel e retomamos a política clássica, a partir de Aristóteles, contrários a sua aceitação da escravidão.

Feita essa digressão, voltemos ao exame da origem do Estado, repisando que todo esse aparato, aperfeiçoado a partir da Renascença, associado ao florescimento da concepção de que o Estado só se justifica com a necessidade coagir os homens a agir dentro das regras mínimas de moralidade em seu intercâmbio com os outros, levou à compreensão de que os agentes estatais também deveriam ser controlados pelos cidadãos do Estado, pois se o homem tende a ser desregrado em sua vida individual, como o controlar, quando levado às esferas do poder?

Para tentar compor essa exigência, edificou-se a idéia do *Estado Constitucional*, em cuja sistemática os governantes são levados às funções estatais por uma forma seletiva (quer eleição, quer concurso público) e suas competências são definidas na Constituição que, ao seu turno, confere direito de fiscalização dos cidadãos em relação aos governantes, oportunizando-lhes, inclusive, instrumentos jurídico-processuais para desfazer atos governativos danosos aos interesses dos afetados, de que são exemplo o mandado de segurança, a ação civil pública e a ação popular.

Essa nova visão de Estado requer uma organização burocrática gigantesca e complicada e, ao mesmo tempo, é uma espécie de garantia contra o abuso do poder, especialmente com o uso da técnica da separação das funções do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário. Essas três esferas do poder estatal exercem um papel fiscalizador de um em relação ao outro.

Por outro lado, ínsita está na existência da entidade estatal a convicção de que foram tomados os homens que a pensaram, nos diferentes momentos de sua evolução, da pressuposição de que o ser humano deve ser coagido a cooperar com seu semelhante. Esta coação externa-se de diferentes modos, por meio de obrigações impostas pelo Estado, como o dever de contribuir com tributos para manter os serviços públicos em geral (impostos diretos, indiretos, taxas por serviços oferecidos ou utilizados, contribuições sociais), o dever de prestar serviço militar obrigatório quando jovem, de trabalhar graciosamente por ocasião de pleitos eleitorais, de entregar sem resistência seus bens quando requisitados em situação de Estado de Sítio.

1.1. Críticas ao Estado

Essa concepção de que o Estado deve existir como instrumento de mediação e coordenação do processo social, aqui apresentada, é, obviamente, refutada pelos partidários do anarquismo e do socialismo, especialmente os seguidores de Karl Marx e Friedrich Engels, criadores da teoria comunista, também denominada de socialismo científico, para quem o Estado é um instrumento de sustentação da diferença das classes sociais. Segundo essa doutrina, uma vez estabelecida a igualdade material entre os homens, pela vitória do socialismo, o Estado desaparecerá, porque não terá mais finalidade. Vejamos o que propõe Engels, em sua obra *Origem da Família, da Sociedade e do Estado*:

As classes vão desaparecer e de maneira tão inevitável como no passado surgiram. Com o desaparecimento das classes, desaparecerá inevitavelmente o Estado. A sociedade, reorganizando de uma nova forma a produção, na base de uma associação livre de produtores iguais, mandará toda a máquina do Estado para o lugar que lhe dá de corresponder: o museu de antiguidades, ao lado da roca de fiar e do machado de bronze.¹²

Essa visão, que denominamos clássica do marxismo, ainda que revisada, posteriormente, pelo próprio Marx, é contestada por um dos teóricos marxistas mais festejados, Nicos Poulantzas, quando diz:

¹² Engels, Friederich. *Origem da Família, da Sociedade e do Estado*, Civilização Brasileira, 11ª edição, p. 196.

Sabe-se agora que a divisão em classes não é o terreno exclusivo de constituição de todo o poder, mesmo sabendo-se que, nas sociedades de classe, todo o poder encobre uma situação de classe. A consequência já se sabe: transformar os aparelhos do Estado numa transição ao socialismo não bastaria para abolir ou transformar o conjunto das relações de poder.¹³

De outra parte, inscrevem-se entre os adversários do Estado, os anarquistas. O anarquismo é uma ideologia formada por vários tipos de pensamento, que têm em comum a convicção de que nenhuma organização política deve provir de cima para baixo, especialmente do Estado.

O movimento exteriorizou-se mais fortemente no século XIX, porém suas primeiras justificações teóricas aparecem em 1793, através de um ensaio do escritor inglês Willian Godwin (1753-1836), tematizando a Justiça Política, que recusa a justiça proveniente do Estado e argumenta que a desigualdade é fruto da propriedade privada.

Contudo, os historiadores apontam Pierre Joseph Proudhon (1809-1865), autor de *Que é a Propriedade?* em 1840 e, posteriormente, da obra *Sistema das Contradições Econômicas e Origem da Miséria*, que preconiza a formação de associações de operários para auto-gerirem a produção em todas as suas variedades e recomenda a propriedade individual na agricultura. Combate o marxismo, por entender que essa ideologia conduziria ao estatismo burocratizante. Parece que os fatos lhe deram razão, haja vista a experiência russa, o leste europeu e o próprio exemplo de Cuba.

A partir de *Primeira Internacional Socialista* (1864), o anarquismo toma a feição de um movimento dissidente dentro do espectro socialista, especialmente sob a liderança do aristocrata russo Mickhail Bakunin (1814-1876), cujas idéias centravam-se na rejeição de qualquer propriedade estatal e recusava a necessidade de se passar pelo estágio intermediário da *ditadura do proletariado*, recomendado pelo paradigma marxista. Defendia a propriedade coletiva dos meios de produção e a propriedade privada dos bens de consumo.

¹³ Poulantzas, Nicos. *O Estado, o Poder e o Socialismo*, Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 50.

Há, por outro lado, uma versão mais amena do anarquismo, representada pelas idéias do príncipe russo Piotr Kropótkin (1847-1921), que condenava a violência individual e preferia enfraquecer o Estado, através da persuasão do povo.

Atualmente, o anarquismo está presente em certos movimentos culturais, que defendem uma pedagogia da liberdade, que não imponha modelos de aprendizagem aos educandos, que admita o reconhecimento das minorias raciais, dos homossexuais, defendendo a oficialização das uniões entre eles e a defesa da ecologia contra o modelo de produção baseado no consumismo exagerado.

Nossa opinião, reiteramos: em que pese a respeitabilidade das teses contrárias à necessidade de uma instância potestativa, representada pelo Estado, entendemos que o Estado é um componente necessário à mediação das relações interpessoais do ser humano, em razão de sua estrutura ontológica, ou seja, um ser único, com enormes dificuldades de partilhar coisas com seu semelhante, só o fazendo se puder obter algum proveito em qualquer situação em que se encontrar.

Portanto, sustentamos que as regras de convívio social (religião, moral, trato social, estética), embora necessárias e importantes não são suficientes para manter o homem em paz e equilibrado com seu semelhante, razão pela qual necessita da regulação heterônoma do Estado.

1.2. A Constituição

Convencionado que os homens precisam de uma sociedade política, dotada da competência de os coordenar no processo social, a fim de evitar o conflito permanente e “a guerra de todos contra todos”, de que falou Thomas Hobbes, tendo em vista a tendência ao viver desregrado que mobiliza cada criatura humana foi preciso, também, pensar uma técnica em que o governante não abusasse do poder ou da competência legal que lhe foi conferida.

O tema é antigo e de palpitante atualidade. Como ser governado e, ao mesmo tempo, fazer com que sejam observados os valores que se cultiva e aos quais se rende reverência e se deixa sujeitar? Como evitar que os titulares das funções de governo não ultrapassem os limites do bom senso e se compenetrem apenas nas exigências do bem comum?

Uma das idéias concebidas para equacionar essa problemática foi a democracia, cujo conteúdo é de que os governantes sempre representem a vontade de uma maioria expressa em eleições, que consagrem o sufrágio universal.

Assim, as decisões de governo, pelo menos, têm o respaldo da autorização legal da maioria da população sob o aspecto formal, uma vez que nada garante que um governo eleito pela maioria do eleitorado não venha, no exercício de suas funções, tornar-se *ilegítimo*, ainda que tenha uma origem legal.

Portanto, a democracia, como mera técnica de aferição da vontade da maioria no que relativo ao direito de um grupo político dirigir uma coletividade, não é suficiente para a garantia da ordem, da paz e do respeito aos valores básicos materiais e espirituais do ser humano. A história tem demonstrado que, por vezes, a maioria conduziu as populações a soluções mais desastrosas, como exemplo, o nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália e o Stalinismo na extinta União Soviética.

Prisioneiros dessas preocupações, os homens, no curso da história, engendraram um documento básico, formado por um conjunto de leis obrigatórias e de observância incontornável, que definisse até onde vai a competência, vale dizer, o poder dos governos em relação aos governados. Esse documento denominou-se Constituição. Nele se inscrevem não só os limites do poder dos governos; o modo de provimento de suas funções; a distribuição de suas competências; a separação das funções governativas em Legislativa, Executiva e Judiciária, mas, principalmente, define-se um conjunto de direitos e garantias, que assegurem um mínimo vital aos cidadãos, ou seja, aos chamados direitos humanos, hoje fundamentados nos textos constitucionais.

Destarte, a constituição, erigida a partir das idéias iluministas, especialmente de João Locke (1632-1704), Charles Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689-1755), passou a ser a grande saída, ou seja, um código de leis obrigatório, que impunha limites ao Estado, governando o próprio Estado. Esse é o espírito inicial da constituição, tendo uma preocupação marcadamente política (constituição em sentido formal), passando, posteriormente, a se preocupar com a garantia de um mínimo de vida material aos cidadãos, ou seja, àqueles que participam da vida do Estado (constituição em sentido material ou social).

Em síntese, a Constituição, segundo a apropriada visão de Gomes Canotilho, “é o estatuto jurídico do político”, porque define os princípios constitucionalmente estruturantes, que irão modelar o fazer da política, vale dizer, a relação Estado-cidadania, de tal sorte que os exercentes de função potestativa saibam quais serão os vetores e os pontos limitativos do exercício de suas competências legais.

De sorte que a luta pelo controle do poder estadual, própria de um regime democrático pluralista, que consagra espaços para correntes nem sempre fiéis ao ideal democrático e, mesmo, à execução de um programa de governo, eventualmente aprovado nas eleições gerais, deve levar em linha de consideração o balizamento da Constituição, enquanto estatuto fundamental, regulador da instância política de uma realidade sociocultural. Portanto, é inviável a alteração completa do sistema social pela via eleitoral, o que significa dizer que, por vezes, optar por candidatos, que vociferam soluções radicais, termina num mero alívio do eleitor, pois pouco resultado será alcançado, já que as regras do jogo estão fixadas na Lei Maior.

1.3. Compreensão da palavra Constituição

As constituições escritas são criação da época moderna. É evidente, porém, que todas as sociedades politicamente organizadas, quaisquer que sejam suas estruturas sociais, possuem certas formas aptas a serem designadas de Constituição.

A Constituição apresenta-se como modo de ser da comunidade: “A Constituição do Estado tem por objeto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, atribuição de soberania, numa palavra a distribuição do fim especial de cada associação política.”¹⁴

O célebre jurista alemão Carl Schmitt define a constituição sob quatro aspectos: em *sentido absoluto*, é uma concreta maneira de ser, um dever-ser, uma normatização total da vida do Estado, ou seja, a lei fundamental, no sentido de uma unidade cerrada da lei das leis. Derivado desse sentido, pode-se dizer que é: (a) a concreta situação de conjunto da unidade política e a ordenação social de um certo Estado; explicita o próprio ser do Estado particular (Brasil, França, Uruguai); (b) é uma maneira especial de ordenação política e social (forma de governo, forma de Estado); (c) planeja a dinâmica da vida própria do Estado, com as modificações constantes de

opiniões e tendências, que se formam na vida política. Em *sentido relativo*, é uma pluralidade de leis particulares aplicada a uma experiência sócio-cultural dada. Em sentido positivo, é resultante de um ato de poder forte – Poder Constituinte, revelador de uma energia política que preexiste à sua própria elaboração – poder estatal. Em sentido ideal, corresponde a constituição às perspectivas e valores, aos sentimentos estimativos e às conveniências de uma determinada comunidade histórica.¹⁵

Debaixo de um enfoque um tanto diferente, o jurista Garcia Pelayo vê a constituição sob três aspectos: *sentido racional-normativo* que, na sua essência, trata de uma aplicação concreta do conceito de lei, com que opera o liberalismo, consistente na crença na possibilidade de uma planificação da vida política, de uma racionalização no acontecer político. Mas a constituição não é somente um produto da razão abstrata, mas a estrutura que reflete o resultado de vagarosa transformação histórica, na qual intervêm freqüentemente motivos irracionais e fortuitos, eis o *sentido histórico tradicional*. Por outro lado, a constituição não é apenas o resultado do passado, mas também a imanência das situações e estruturas sociais do presente. Não se sustenta em uma ordem transcendente, mas na sociedade que tem sua própria legalidade rebelde a pura normatividade e impossível de ser por ela dominada, motivo pelo qual se tem o *sentido sociológico*.¹⁶

1.4. A problemática do Poder Constituinte

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas de várias hierarquias, sendo a constituição a lei suprema e, por conseguinte, o pressuposto de validade de todas as normas jurídicas do sistema. Essa situação de hierarquia superior da constituição exsurge do fato de ter sido criada por um poder que instituiu todos os outros poderes e não é instituído por outro qualquer.

O Poder Constituinte é o poder de organizar o Estado nos moldes pretendidos pela idéia de direito dominante em um dado momento histórico. A propósito, Pontes de Miranda estabelece uma distinção entre *poder estatal* e *poder constituinte*. Poder Estatal seria o poder econômico, cultural, religioso e político, capaz de tomar a decisão de criar um Estado ou reorganizá-lo (poder sociológico) e o Poder

¹⁴ Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, Portugal, 3ª Reimpressão, 1999, p. 60.

¹⁵ Schmitt Carl *apud* Luiz Bispo. *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1981, ps. 9-11.

Constituinte seria a competência deferida a uma Assembléia de homens para realizar a vontade hegemônica do poder estatal preexistente de votar uma constituição. Por isso, o Poder Estatal é permanente e o Poder Constituinte encerra a sua função na feitura da constituição.

Como esse poder de criar a constituição vem da massa dos cidadãos, que estão divididos ou associados a interesses mais variados e desencontrados, como é próprio da sociedade civil (interesses econômicos, religiosos, culturais e ideológicos), é intuitivo que a constituição será resultante dessas confrontações. Descreverá, por óbvio, uma idéia hegemônica. Contudo, reproduzirá compromissos em torno de pontos de vista mais ou menos convergentes, porém nem sempre combatíveis entre si.

A respeito da relativização da prevalência dos interesses dos denominados fatores reais do poder¹⁷ na feitura de uma Constituição, há uma pequena brochura, do celebrado jurista alemão Konrad Hesse, onde é exaltada a força normativa da constituição, pela qual os grupos de pressão não são atendidos plenamente em suas demandas, pelo constrangimento de que são tomados os próprios constituintes, a serem envolvidos pela atmosfera de um clima reconstituente produzido pela sociedade civil, através dos formadores da opinião pública.

Costumam os juristas dizer que o poder constituinte desaparece com a feitura da Constituição, consoante a opinião de Pontes de Miranda, uma vez que aprovada uma nova carta, fica tão somente o *poder constituído*.

Todavia, a experiência social tem demonstrado que ele poderá emergir a qualquer momento, em razão da dialeticidade da vida e, por conseguinte, as normas jurídicas, mesmo as normas constitucionais, devem adequar-se a novas avaliações emergentes no processo social, podendo manifestar-se o poder constituinte, através de um movimento de opinião pública emergente e irreprimível, exigindo dos parlamentares emendas tendentes a incorporar novos valores sancionados pelas práticas sociais e, quando tais previsões de mudança pretenderem atingir as

¹⁶ Pelayo *apud* Luiz Bispo. *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1971.

¹⁷ Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressiva de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição. Segundo sua tese fundamental, questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. É que a Constituição de um país expressa as relações do poder nele dominantes (fatores reais do poder).

denominadas cláusulas pétreas, é necessário e crucial que se consulte diretamente a cidadania pela via plebiscitária.

Interessante notar, a esse respeito, que em face do desenvolvido processo eleitoral brasileiro, onde em curto espaço de tempo se pode apurar o resultado do voto de cento e quinze milhões de eleitores, não é devidamente explorada a precisa estrutura das urnas eletrônicas para ser consultada a opinião do povo brasileiro sobre diversas questões que envolvem a vida do país. Pensamos que a utilização das urnas eletrônicas, também para essa finalidade, seria uma excelente via de comunicação para tornar efetiva a participação do povo na vida do nosso país.

Fato é que, independentemente da concepção a ser adotada sobre o poder constituinte, diz-se que há dois momentos de manifestação desse poder: a) na forma originária, quando se inaugura uma ordem jurídica, sem qualquer compromisso com o poder constituinte anterior; b) na forma derivada, instituída ou constituída, onde toda alteração constitucional deve observar a essência do texto normativo do poder constituinte originário (partindo da premissa de que as constituições escritas constituem a regra e decorrem da necessidade de dar uma certa segurança de que aquilo que está escrito fica mais difícil de ser descumprido).

Dissemos que existem duas posições vinculando o conceito de Poder Constituinte à formação ou criação originária e/ou derivada do Direito. Só reconhecemos no Poder Constituinte a faculdade de criação originária do Direito, até porque a sua reforma é um procedimento jurídico, e como tal alheio ao caráter político do objeto do nosso estudo.

O Supremo Tribunal Federal, como pretendemos demonstrar no último capítulo, na medida em que concretiza a interpretação constitucional, sobretudo no controle abstrato de constitucionalidade que é o objeto do nosso trabalho, acaba reescrevendo a Constituição e, nesse sentido, atuando como intérprete final da vontade do Poder Constituinte. Se o sentido da norma jurídica somente se expressa na sua interpretação e interpretar é sempre também aplicar, não há como desvincular a atividade jurisprudencial do Pretório Excelso no controle abstrato de

constitucionalidade da própria compreensão do texto da Lei Maior produto do Poder Constituinte de 1988.

1.4.1.1. Teorias do Poder Constituinte

A idéia segundo a qual a Constituição deve ser produto de um poder constituinte foi levantada durante a Revolução Francesa pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès, ao escrever o famoso panfleto *O Que é o Terceiro Estado?*

Nessa reflexão, o religioso revolucionário dizia que, sob o ponto de vista político, o terceiro estado, que significava na França feudal a representação do povo, excluídos os nobres e clero, era nada, porque tinha a minoria dos representantes da Assembléia Nacional. No entanto, poderia ser tudo, já que tinha mais força populacional e econômica, podendo reconstruir o Estado francês, de acordo com sua visão de mundo e seus interesses. Essa força capaz de instituir um Estado e redirecioná-lo segundo sua ótica é que se convencionou chamar de poder constituinte.

O famoso publicista alemão já referido, quando se examinou o conceito de constituição de Carl Schmitt, criador da teoria decisionista, professa idêntico modo de ver o poder constituinte, ao dizer:

Constituinte é a vontade política, cuja força ou autoridade é capaz de poder adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política, como um todo.¹⁸

O também tratadista francês contemporâneo Georges Burdeau sustenta idêntica visão, ao dizer que o poder constituinte é “uma idéia de direito dominante, que se impõe em um momento histórico, frente a outra idéia de direito.”¹⁹ Visto sob esse enfoque, a doutrina costuma apresentar as seguintes características do poder constituinte: inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado.

No entanto, essa construção erigida pelos partidários da Revolução Francesa de 1789 não é inteiramente acolhida pelo constitucionalismo moderno, porque o poder constituinte sofre limitações de várias ordens, como das representações teóricas e dos interesses dos segmentos hegemônicos do poder estatal, dos tratados internacionais e dos valores da pessoa humana.

¹⁸ Schmitt, Carl *apud* Amaral Santos, Aricê, *O Poder Constituinte (Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário)*, Sugestões Literárias, 1980, p. 41.

¹⁹ Burdeau, Georges, *apud* Amaral Santos, Aricê, *O Poder Constituinte (Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário)*, Sugestões Literárias, 1980, p. 67.

De fato, grande parte dos juristas defende que também existem limites implícitos ao poder constituinte. Não podemos, por conseguinte, imaginar uma constituição atualmente criada em desarmonia com os direitos humanos veiculados em tratados internacionais embora teoricamente seja possível se sustentar uma ruptura total no sistema com a nova ordem constitucional.

1.4.2. Formas de Expressão do Poder Constituinte

Sendo o Poder Constituinte Originário produto de uma energia de que é portadora a maioria da população, ele pode se manifestar de diferentes modos.

De regra, a dogmática constitucional recomenda que se convoque uma Assembléia Nacional Constituinte, mediante uma grande negociação das forças sócias, para redirecionar o pacto de governabilidade, quando se instalar um clima de ilegitimidade irreversível da ordem dominante. Isso dificilmente ocorre, em razão dos interesses diferenciados, que se dilaceram reciprocamente no tecido social, salvo um ajuste das elites, como ocorreu na última constituinte brasileira, onde o poder constituído convocou o poder constituinte.

Dessa maneira, o poder constituinte, no nosso entender, pode se expressar por uma Assembléia Nacional Constituinte, por uma revolução popular e, até mesmo, pela ação de um grande líder carismático que, num momento de grande tensão social, pode se apossar da idéia dominante e receber o apoio da população, dando um golpe de estado benigno, se assim se pode chamar um golpe de estado.

Portanto, o poder constituinte originário se manifesta por uma revolução, pela convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte ou por outorga.

Em tese, o titular desse poder é a maioria da população, através de uma Assembléia Constituinte. Mas, como já frisamos, esse sentimento majoritário pode, lamentavelmente, expressar-se por um golpe de estado (como aconteceu recentemente no Peru, com Fujimori, e na Venezuela, como Coronel Chavez). De qualquer modo, o poder, em última instância, é da população, que dá assentimento a essas formas rebeldes à teoria do direito constitucional de expressar a sua vontade política.

Por isso é que se diz que não há como se aferir legitimidade a um poder constituinte antes dele submeter sua ordem ao povo, ou seja, a nova ordem jurídica pode se impor pela força (outorga) ou pelo consenso popular.

1.4.3. Legitimidade

As normas ordinárias e mesmo as complementares são legítimas quando se conformam, formal e substancialmente, com os ditames da constituição. Importa dizer: a legitimidade dessas normas decorre de uma situação hierárquica em que as inferiores recebem sua validade da superior. São legítimas na medida em que sejam constitucionais, segundo um princípio de compatibilidade vertical.

Uma constituição, porém, já é o sistema normativo de grau mais elevado na ordenação jurídica do país. Situa-se no vértice das fontes formais do Direito. Regula a produção das demais normas da ordem jurídica.²⁰ Informa e confere validade a todo o ordenamento normativo nacional, cuja unidade, coesão e conexão de sentido encontram nela seu fundamento. As demais normas jurídicas que dela discordarem ou divergirem são ilegítimas, inválidas, inconstitucionais, e devem ser ineficazes juridicamente, em princípio.²¹

Mas, se as normas constitucionais gozam dessa supremacia e, por isso mesmo, não podem encontrar sua legitimidade em outras da ordenação jurídica positiva, onde buscam elas o fundamento de sua validade? Se as normas constitucionais regulam a criação das normas de hierarquia inferior e lhes dão condições de legitimidade, que elemento é capaz de criá-las legitimamente?

A questão é controvertida e está intimamente ligada ao conceito de constituição. A doutrina de Lassalle pode ser entendida mais modernamente, admitindo-se como fundamento de validade da constituição os fatores reais do poder; busca, pois, um fundamento de validade nos fatos, nas relações sociais.

O normativismo puro de Kelsen sustenta que a constituição encontra fundamento de sua validade na norma fundamental, pressuposta e hipotética.²² E Carl Schmitt diz que a constituição vale em virtude da vontade política existencial daquele

²⁰ Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, v. II/66 e *Teoria general del Derecho y del Estado*, p. 147.

²¹ “Em princípio”, dissemos, porque para que as normas inconstitucionais deixem de atuar, necessário é sejam aplicadas as regras da constituição destinadas à verificação de inconstitucionalidade das leis.

²² *Teoria Pura do Direito*, v. II/65.

que a dá, pois toda espécie de normação jurídica – também a normação constitucional – pressupõe tal vontade como existente.²³

Essas posições prescindem ora do poder, ora do Direito, na justificativa da legitimidade das normas constitucionais. Heller, criticando especialmente Kelsen e Schmitt, demonstra que toda teoria que prescinda da alternativa Direito ou poder, norma ou vontade, objetividade ou subjetividade, desconhece a construção dialética da realidade estatal e é, por isso, falsa já de saída, e acrescenta que o caráter de criador de poder, que tem o Direito, não nos permite conceber a constituição como “decisão” de um poder sem norma (posição de Lassalle e Schmitt): mas, por outra parte, devido ao caráter criador de Direito que o poder tem, há que recusar a concepção de que a constituição recebe sua validade jurídica de uma norma com validade meramente lógica e desprovida de poder (posição de Kelsen).²⁴ “Eficácia e validade, ser e dever ser da Constituição, [conclui] não de manter-se logicamente separados, sem dúvida, mas aparecem relacionados, na mesma realidade constitucional na qual um aparece sempre junto com o outro”.²⁵

Se a crítica de Heller é procedente, sua tese não nos parece merecer acolhida, especialmente porque subordina a existência do poder constituinte a uma idéia de normação.²⁶ Por outro lado, a criação de uma constituição é obra do poder. É através do poder constituinte que se manifesta, principalmente, aquela “inserção do poder no processo mesmo da normatividade jurídica”, de que, genericamente, nos fala Miguel Reale.²⁷

A tese de Kelsen é inaceitável atualmente exatamente porque repele a interferência do poder na fundamentação da legitimidade das normas constitucionais. É verdade que ele não nega a competência de uma autoridade constituinte na formação constitucional, mas esta autoridade já é, no seu sistema, uma autoridade normada, ainda que hipoteticamente, pela norma fundamental pressuposta. Curioso notar que Heller, contestando a validade da teoria Kelseniana, acaba por, em última instância, sustentar a mesma coisa, quando diz que a questão da legitimidade de uma

²³ Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*, Reimpresão, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d e s/indicação de tradutor, p. 296.

²⁴ Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, 4ª ed., trad. e prólogo de Gerhart Niemeyer, México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 296.

²⁵ *Idem*, p. 297.

²⁶ *Idem*, p. 298.

²⁷ *Filosofia do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 475.

constituição não pode, naturalmente, ser respondida referindo-se ao seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos, válidos com antecedência. Mas, ao contrário (prosegue ele), uma constituição necessita, para ser constituição (isto é, algo mais que uma relação fática e instável de dominação, para valer como ordenação conforme com o Direito), de uma justificação segundo princípios éticos de Direito.²⁸ Isso não nos parece muito diferente de uma Grundnorm, mesmo porque, como já vimos, Heller não admite a concepção da constituição como “decisão” sem norma, no que se encontra implícita uma idéia de norma, “não quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com antecedência”, mas como “princípios éticos de Direito”.

O erro, situado e datado no atual momento histórico, está em se conceber o poder como mera situação fática, confundindo com força. Miguel Reale já destacou o engano em que incide o decisionismo (de que Carl Schmitt é respeitável representante no plano constitucional), porque toma decisão como um ato isolado do conjunto das circunstâncias sociais e dos motivos axiológicos que cercam quem deve decidir.²⁹ Mas também condena aquela tendência abstratista, que visa a criar um “reino ideal do Direito”, sem os perigos e riscos que seriam representados pelo poder, confundindo facilmente com a força e o arbítrio.³⁰

Ora, o poder interfere continuamente na formação das normas jurídicas. Dele parte a decisão definidora de uma das vias normativas possíveis e naturais da contextura social. Mas as normas constitucionais, por serem informadoras e condicionadoras da ordem jurídica total, surgem da decisão de um poder especial originado da própria soberania do povo, e é o poder constituinte, enquanto as demais normas inferiores, condicionadas, surgem da decisão dos poderes constituídos e derivados. Estas últimas têm sua validade fundada nos ditames das regras constitucionais, e estas são legítimas na medida em que a decisão derive de um titular legítimo do poder constituinte.

Quando se trata de estabelecer uma constituição nova, a decisão provém de um poder constituinte originário, não limitado juridicamente; se, no entanto, se cuida de modificar uma constituição existente, a decisão, para tanto, poder ser atribuída à própria legislatura ordinária, revestida, então, do poder de reformar ou emendá-la.

²⁸ Heller, Hermann. *Teoria del Estado*, 4ª ed., trad. e prólogo de Gerhart Niemeyer, México-Buenos Aires: *Fonde de Cultura Económica*, 1961, p. 298.

²⁹ *Filosofia do Direito*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 491.

Nos Estados Democráticos o poder constituinte pertence ao povo. Aliás, sempre pertence ao povo; e, se uma constituição vem de outra fonte, é que ocorreu usurpação. Só o povo é legítimo para determinar, por si ou por seus representantes, o estabelecimento de uma constituição, ou para reformá-las nos limites por ela mesmos estabelecidos.

Falando-se em decisão, não se está concebendo um novo decisionismo. Decisão, aqui, é interferência do poder, como fenômeno sócio-cultural, na determinação de uma via normativa possível, das que já constituem um modo de ser social. As normas assim criadas não valem só porque promanam de uma decisão, mas porque correspondem a um querer social predominante no momento.

³⁰ *Idem*, p. 492, e *Teoria do Direito e do Estado*, ps. 77 e segs.

2. CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL

2.1. Antecedentes do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário e “O Federalista”; 2.2. O aresto de Marshall; 2.3. História e Evolução do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das leis no Direito Brasileiro; 2.3.1. A Constituição de 1824; 2.3.2. A Primeira Constituição Republicana; 2.3.3. A Constituição de 1934; 2.3.4. A Carta de 1937; 2.3.5. A Constituição de 1946; 2.3.6. O texto da Constituição de 1967 e suas emendas; 2.3.7. A Constituição de 5 de outubro de 1988; 2.4. Formas de provocação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

A origem do controle de constitucionalidade das leis no sistema jurídico americano muito interessa ao estudo do tema no Brasil, pois foi na experiência dos Estados Unidos da América que os constituintes de 1891 colheram as lições do instituto em exame, transplantando-o para o Brasil.

A grande criação americana, no entanto, não proveio do texto expresso da Constituição, e sim da jurisprudência. O corpo do Direito Constitucional americano é obra da evolução legislativa e dos arestos judiciais,³¹ sempre produto da existência de uma Constituição não-escrita, ao lado da Carta formalizada num texto.³² Não há dúvida de que na verificação da constitucionalidade das leis é forte a colaboração legislativa e judiciária, que dão à Constituição seu verdadeiro sentido. O controle, feição peculiar ao direito americano, fez com que a própria Constituição resultasse da construção realizada pela Suprema Corte, obra dos juízes, sobretudo de Marshall.³³

³¹ Bittencourt, Lúcio, em sua obra *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, ps. 19 e segs. rejeita a comparação das decisões inglesas e do *privy council*, a respeito dos atos legislativos das colônias, como sistema desenvolvido pelo gênio constitucional americano. Para ele, as primeiras não afrontam atos do Parlamento, enquanto as segundas não ocorriam entre atos expedidos por órgãos de igual nível. Quanto aos exemplos de Cooke, lembra que o jurista inglês foi destituído do cargo como consequência de sua ousadia em enfrentar o Parlamento.

³² Barbosa, Rui. *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, ps. 21 e 71.

³³ *Idem*, p. 25.

O princípio, portanto, da exigência da compatibilidade da lei com o disposto na Constituição é um produto da jurisprudência americana e peculiar a ela. No Brasil, a *judicial review*, mesmo no tocante à constitucionalidade das leis, está expressamente descrita no texto constitucional. Nos Estados Unidos da América, todavia, os elaboradores da Constituição discutiram o assunto, sem, contudo, formalizá-lo no texto pactuado que faria nascer o novo Estado.

2.1. Antecedentes do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário e “O Federalista”

Os debates, na Convenção de 1787, indicaram claramente que os delegados esperavam que as novas Cortes federais examinassem a constitucionalidade dos atos do Congresso, na esteira das Cortes estaduais, consoante os precedentes sempre lembrados (confira adiante). Nos debates que precederam as convenções estaduais, para a ratificação da Constituição, John Marshall, na Convenção de Virgínia, chegou a afirmar: “Se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juízes, como infringente à Constituição, da que eles são guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem a sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la nula.” Patrick Henry, que se opunha à Constituição Federal, justamente pelo receio de o Judiciário não se tornar suficientemente independente dos outros Poderes, declarou naquela Convenção: “Tenho que o maior elogio desse País está em que os atos da legislatura, se inconstitucionais, são suscetíveis de controle pelo Judiciário.”³⁴

Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era usada na jurisprudência, conforme os precedentes lembrados e outros que lhes foram seguindo. A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte, invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.³⁵

³⁴ Evans, Lawrence B. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª ed., Chicago, Callaghan, 1952, p. 51, onde assinala que declarações semelhantes foram feitas noutros Estados.

³⁵ Trigueiro, Oswaldo. “O Supremo Tribunal no Império e na República”, *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 157, jan./mar./1981; cf. também *ibidem*, Cavalcanti, Themístocles. *O Supremo Tribunal Federal e a Constituição*; Barbosa, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*.

Num caso da Virgínia, um dos juízes, George Wythe afirmou: “se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste Tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podeis ir, além, não (*If the whole legislature, an event to be deprecated, should attempt to overleap the bounds prescribed for them by the people, I, in administering the public justice of the country, will meet the united powers at my seat in this tribunal; and, pointing to Constitution, will say to them, here is the limit of your authority, and hither shall you go, but no further*).³⁶

O interessante está em que o autor dessas palavras, o Chancellor Wythe, futuro colaborador na elaboração da Constituição, foi mentor de Marshall, em assuntos jurídicos, quando o futuro *Chief Justice* era estudante no Colégio de William and Mary.³⁷

Um dos antecedentes mais importantes foi o decidido em Rhode Island, 1786, *Trevett v. Weeden*, no qual os juízes, embora deixando de conhecer o caso, por ausência do pressuposto de jurisdição, declararam a lei inválida,³⁸ numa antecipação que guarda alguma similitude lógica com o aresto de Marshall, no qual se construiu a doutrina da inconstitucionalidade, embora se desconhecendo e se negando provimento ao *writ*.

Já Alexander Hamilton, nos artigos de *O Federalista* (cf. ns. LXXVIII e LXXXI), quinze anos antes da histórica decisão de Marshall, sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição devia ser vista pelos juízes como uma lei fundamental, com preferência sobre a lei ordinária. Ao escrever sobre o Judiciário e sobre as garantias dos juízes, no citado número LXXVIII da obra, vai desenvolver toda a doutrina do controle da constitucionalidade. A garantia da vitaliciedade, *the standard of good behaviour*, é ali considerada uma das mais importantes normas para a prática do governo. Na monarquia, representa um excelente obstáculo ao despotismo do príncipe; na república, constitui não menos primorosa barreira aos abusos e opressões dos representantes. E é o melhor expediente a ser utilizado, por qualquer Governo, para assegurar uma firme, justa e

³⁶ Trad. de Rui Barbosa. *Anistia Inversa, Caso de Teratologia Jurídica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, p. 15, onde lembra outros notáveis precedentes.

³⁷ Evans, Lawrence B.. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª ed., Chicago: Callaghan, 1952.

imparcial administração das leis (*In a monarchy it is an excellent barrier to the despotism of the prince; in a republic it no less excellent barrier to the encroachments and oppressions of the representative body. And it is the best expediente which can be devised in any government to secure a steady, upright, and impartial administration of the laws*).³⁹

Concordamos com a idéia de que o Judiciário, pela natureza de suas funções, é o Poder que menor perigo causa aos direitos políticos previstos na Constituição, porque será o último na capacidade de feri-los ou violá-los. O Judiciário não tem a espada, nem o dinheiro, não tem força nem vontade, mas somente decisões, que, em última análise, dependem do braço do Executivo para adquirirem eficácia. (*It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments*)⁴⁰. Prova-se assim, na esteira de Montesquieu, que o Judiciário é o mais fraco dos três Poderes e que jamais teria sucesso no ataque a qualquer dos outros dois, sendo necessário o maior cuidado para habilitá-lo para defender-se dos assédios dos outros. A garantia dos juízes, as normas que garantem a sua permanência no exercício da judicatura, constituem, em grande parte, a cidadela da justiça e da segurança pública.⁴¹

A completa independência das Cortes é peculiarmente essencial a uma Constituição limitadora do Estado (*limited Constitution*), isto é, uma Constituição que contenha determinadas e específicas exceções à autoridade legislativa (*The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority...*). Tais limitações não podem ser preservadas, na prática, a não ser através das Cortes de Justiça, que devem declarar nulos os atos contrários ao teor manifesto da Constituição. Sem isso, todas as preservações dos direitos particulares importarão em nada (*Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to*

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 51.

³⁹ Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. *The Federalist, American Papers*, Chicago: Enciclopédia Britânica, 1952, *Great Books*, p. 230.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 230.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 230.

*declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing).*⁴²

Persiste na doutrina alguma perplexidade sobre o direito das Cortes em declarar nulos atos legislativos, porque contrários à Constituição. Entendem que aquela faculdade implicaria uma superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo. Essa doutrina pressupõe que a autoridade apta a declarar nulos os atos de outra lhe é superior. Mas essa doutrina não é aceitável.

Não há necessidade de esclarecer o princípio da nulidade do ato que, embora exercido por uma autoridade delegada, é contrário ao teor do mandato outorgado pela autoridade delegante. Em conseqüência, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Para objetar essa conclusão, seria necessário afirmar que o deputado está acima dos representados; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens, agindo em virtude de poderes que lhes foram concedidos, podem atuar não somente além daqueles poderes, como até em relação ao que lhes for proibido pela autorização.

Se for afirmado que os membros do Legislativo são, eles próprios, os juízes da Constituição em relação aos seus próprios poderes, e que o que eles construírem sobre isso está colocado acima dos outros Órgãos do Governo, é possível responder que isso não pode ser presumido, na medida em que não decorre de quaisquer dispositivos constitucionais. Seria supor que a Constituição autorizaria os representantes do povo a substituir a vontade dos constituintes. É mais racional supor que as Cortes foram designadas como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, para o fim, dentre outros, de manter os representantes nos limites assinalados à sua autoridade. A interpretação das leis constitui uma competência própria e peculiar das Cortes. Uma Constituição é, de fato, e deve ser vista pelos juízes, como uma lei fundamental. É preciso, entretanto, incumbi-los de averiguar o seu significado, como também o de qualquer ato proveniente do Poder Legislativo. Se ocorrer uma irreconciliável divergência entre a lei fundamental e o ato do Congresso, o que tiver maior obrigatoriedade e validade há de prevalecer. Em outras palavras, a Constituição há de ter prevalência sobre as leis, a intenção do povo prevalece sobre a intenção de seus representantes.

⁴² Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. *The Federalist, American Papers*, Chicago: Enciclopédia Britânica, 1952, *Great Books*, p. 230.

Essa conclusão não implica em uma superioridade do Judiciário em face do Poder Legislativo. Supõe, apenas, que o poder do povo está acima de ambos e quando a vontade da legislatura, manifestada nas leis, colocar-se em oposição à vontade do povo, conforme ela está declarada na Constituição, os juízes devem obedecer à Lei Maior e não àquela. (*Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both: and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in Constitution, the judges ought to be governed by the later rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental*).⁴³

Essas idéias vêm reiteradas em *O Federalista*, nº LXXXI.⁴⁴

Por outro lado, não se pode esquecer que o texto constitucional, muito embora não estabelecesse expressamente o controle da constitucionalidade, o prenunciava. Não é demais lembrar que o princípio fundamental do Direito Constitucional americano reside no governo das leis e não dos homens. Embora não haja dispositivo exposto na Carta Constitucional americana, tornou-se evidente que nenhuma lei estatutária (*statute law*) é válida se incompatível com as provisões da Constituição, onde os poderes da legislatura derivam. Se não houver tal compatibilidade, a lei é inválida e nula. Essa nulidade alcança os atos do Executivo e do Judiciário, que se fundamentaram na lei inconstitucional.⁴⁵

De fato, a Constituição de 17 de setembro de 1787 estipulava o princípio da apreciação judicial a todas as causas de direito e de equidade, que nascessem da Constituição e das leis dos Estados Unidos (art. III. seção 2ª); bem como que a Constituição e as leis ditadas em virtude dela representavam a lei suprema do País, ficando os juízes dos Estados-membros sujeitos a ela, e sem efeito qualquer disposição em contrário, na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados (art. VI, nº 21).⁴⁶ O controle de constitucionalidade das leis, aliás, decorre do sistema americano de limitações e compensações (*checks and balances in government*), segundo o célebre rol elaborado por John Adams em carta a John Taylor citado por

⁴³ Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. *The Federalist, American Papers*, Chicago: Enciclopédia Britânica, 1952, *Great Books*, p. 230.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 237 e segs.

⁴⁵ Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, Nova Iorque: Baker, p. 1.

Cooley⁴⁷ e lembrado por Barbalho: “... O Poder Judiciário contrabalança a autoridade do Legislativo, do Executivo e dos governos dos Estados...”⁴⁸ A finalidade dos tribunais, consoante o sistema americano, reside na aplicação da lei local às questões que lhes sejam submetidas. A autoridade do Judiciário coordena-se com a do Legislativo, não lhe sendo superior ou inferior. Cada um deles atua na esfera própria. O Judiciário, todavia, ao decidir qual a lei a ser aplicada no caso concreto, “pode encontrar a vontade do poder legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas não se conciliarem. Neste caso, como o poder legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”.⁴⁹ Ao exercer tal dever, o de anular a norma expedida pelo Poder Legislativo, o Judiciário deve agir com precaução, só agindo nos casos absolutamente imperativos.⁵⁰

2.2. O aresto de Marshall

A verdadeira jurisprudência, fundada nas idéias de Marshall somente iria prevalecer depois do aresto famoso do Chief Justice.⁵¹ Nunca é demais repetir que a função do controle da constitucionalidade das leis pelo Judiciário é, até, vedada em alguns países. Nos Estados Unidos da América ela estava latente no texto Constitucional, para aflorar na notável decisão de Marshall.⁵²

O caso *Marbury v. Madison* é bastante conhecido. A situação política que emoldura o caso e a lendária decisão, pela qual foram estabelecidos, concretamente, os princípios do controle da constitucionalidade das leis, foi singular e, talvez não permitisse, ocorrendo hoje, o mesmo desdobramento ensejado pelo aresto célebre de

⁴⁶ Cooley, Thomas. *Princípios Gerais do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*, trad. Alcides Cruz, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. XVIII e 122.

⁴⁷ *Idem*, p. 140.

⁴⁸ Barbalho, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1924, a respeito do art. 15 da Constituição de 1891.

⁴⁹ Cooley, Thomas, *op. cit.*, p. 71.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 71.

⁵¹ Vasconcelos, Wilson Accioli de. “Origens do Controle de Constitucionalidade das Leis”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 3, nº 11, ps. 59-68, set. 1966.

⁵² Barbosa, Rui. *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, p. 19.

Marshall. A rigor, ele tinha interesse pessoal direto no caso e, hoje em dia, deveria dar-se por impedido, sob pena de argüir-se a suspeição.⁵³

Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, John Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários (republicanos). O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada por federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias da vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Nesse ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já prontos, inclusive assinados pelo Presidente e lacrados com o selo dos Estados Unidos da América. Um dos títulos não entregues nomeava William Marbury, para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão.⁵⁴ Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregara o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de writ of *mandamus*. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o *mandamus*.

A Suprema Corte não julgou a causa durante dois anos, provocando grande expectativa na opinião pública. A Corte foi acusada pelos jornais de omissão, chegando-se a sugerir o *impeachment* de seus juizes. Como lembrado por Lêda Boechat Rodrigues:

⁵³ Bittencourt, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 17.

⁵⁴ Claro que a controvérsia em relação à nomeação envolvia muito mais interesses políticos, porquanto Marbury pertencia ao partido federalista e o Presidente Jefferson era republicano.

Em 1802, nos jornais e no Congresso foi a Corte violentamente atacada, sugerindo James Monroe o *impeachment* contra os seus juízes, se ousassem aplicar os princípios da *Common Law* à Constituição. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo, o *Independent Chronicle*, de Boston, segundo o qual a concessão da medida significaria guerra entre departamentos constituídos. Se concedida a medida não seria cumprida.⁵⁵

O Governo, oficialmente, manifestou a opinião de que a concessão da ordem geraria uma crise entre os Poderes do Estado. A opinião generalizada era no sentido de que, se concedida, a ordem não seria cumprida pelo Executivo. A questão envolvia dificuldades técnico-jurídicas, para não falar no problema ético-político. Em termos atuais, Marshall não deveria dar-se por impedido? Ou a sua suspeição não poderia ser argüida?

Marshall, primeiro, decidiu a causa quanto ao mérito, declarando o direito de Marbury à posse do cargo de Juiz. Com isso, tornava pública sua opinião, e a da Suprema Corte, de que Jefferson e Madison agiram ilegalmente ao impedirem a entrega do título ao nomeado. No entanto, não concedia a ordem, em face de uma preliminar. Com isso, não corria o risco de ver desrespeitada sua decisão. E, por último, declarava inconstitucional a lei fundamento do *mandamus*, pois dava poderes à Suprema Corte para ordenar a providência impetrada, enquanto a competência originária do Tribunal havia sido fixada pela Constituição e somente pela Lei Maior poderia ser ampliada. Com isso, denegava o *mandamus*, pela preliminar de incompetência, ao mesmo tempo em que cristalizava uma doutrina incômoda para o Governo e favorável aos federalistas, que, afinal, estavam no Poder Judiciário.

A parte notável da doutrina de Marshall é a seguinte, conforme Rui Barbosa a destaca:

Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabelecera, consideraram-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que ele dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas

⁵⁵ Rodrigues, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 35.

funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipularia essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela propunha a coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscrevem as pessoas, a que se impõem, e ficaram igualmente obrigados os atos permitidos e os atos defesos. 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 é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da 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 nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade.⁵⁶

O argumento expendido por Marshall, no sentido de que o controle decorria, necessariamente, da existência de uma Constituição escrita, foi contestado, porque documentos constitucionais escritos, posteriores à época de Marshall, vieram a demonstrar que esse fato não acarreta a atribuição às Cortes em declarar nulos os atos contrários ao previsto na Lei Maior.⁵⁷

A decisão de Marshall começa, no ponto que nos interessa, por indicar a questão concernente à possibilidade de um ato legislativo contrapor-se à Constituição, além de salientar que o problema é interessante, mas não oferece dificuldades para ser resolvido, desde que sejam aplicados os princípios.

Tais princípios foram adotados de forma originária pelo povo, como base para alcançar sua felicidade e representam o fundamento, a pedra angular de toda a construção do grande edifício, do grande templo social dos Estados Unidos da América. Para realizar essa construção social, o povo fez um grande esforço, que,

⁵⁶ Barbosa, Rui, citando Marshall, *in os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, ps. 43-45.

⁵⁷ Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, Nova Iorque: Baker, p. 9.

nem sempre pode ser repetido. Esse poder constituinte originário estabeleceu princípios fundamentais e, sob certa forma, permanentes, que, por conseguinte, não devem ficar à mercê de alterações fortuitas. Seriam, *mutatis mutandis*, limitações ao exercício da legislação:

Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes a sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano.

O exercício desse direito originário representa uma grande soma de esforços; não pode, não deve ser freqüentemente repetido. Os princípios assim estabelecidos são, pois, reputados fundamentais. E, como é suprema a autoridade de onde emanam, terminam por serem permanentes.⁵⁸

Em seguida, Marshall explica que aquela vontade originária do povo americano, ao estabelecer os princípios fundamentais, fundou um governo limitado. É como se o grande Juiz Hércules⁵⁹ tivesse todos os ideais da limitação que o Leviatã estatal deve sofrer, já que não pode ser destruído. A limitação há de ser jurídica. E esta foi a Constituição que adquiriu forma escrita, visando a que as limitações não se tornassem confusas, apagadas ou duvidosas. Por isso, na esteira da visualização de Montesquieu – o poder detém o poder – a Constituição americana separou os poderes do Governo, atribuindo-os aos diversos departamentos de acordo com certos limites, justamente para que o povo, na manifestação originária de sua vontade, não possa ser ultrapassado por aquelas repartições. Corolário disso reside a limitação ao Poder Legislativo, que não pode deliberar contra aquela vontade originária, vale dizer, não pode dispor contra a Constituição.⁶⁰

Após essa colocação dogmática, *Chief Justice*, também na melhor tradição, intenta demonstrar a necessidade da conclusão decorrente dos princípios, através da colocação de um dilema, cujo deslinde favorece a sua conclusão. Ou a Constituição é superior e não suscetível de alteração pela lei e, se esta lhe for contrária, não será lei, ou a Constituição escrita frustra-se na tentativa de limitar um poder ilimitável.⁶¹

⁵⁸ *Decisões Constitucionais de Marshall*, trad. Américo Lobo, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

⁵⁹ Dworkin, Ronald. *O Império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287, utiliza-se desse juiz imaginário para demonstrar como enfrentar casos concretos a partir de uma aceitação do direito como integridade.

⁶⁰ *Decisões Constitucionais de Marshall*, trad. Américo Lobo, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

Essa teoria adere à idéia da Constituição escrita e deve ser aceita pelos Tribunais. E se nula for a resolução legislativa por opor-se à Constituição, os Tribunais não podem considerá-la como lei. Compete ao Judiciário dizer, aquilo que é, ou não, lei. Assim, se uma lei está contrária à Constituição, num caso concreto deve dizer qual a norma aplicável:

Se nula é a resolução legislativa inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito de sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos? Ou, por outros termos, posto que lei não seja, deverá constituir uma regra tão efetiva como se fosse lei? Fora subverter o fato o que ficou estabelecido em teoria e pareceria, à primeira vista, absurdo bastante crasso para que seja defendido. Contudo terá mais acurado exame.

Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia a cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.⁶²

Não poderia haver outra conclusão, sob pena de se sustentar um absurdo. Se o ato legislativo é nulo, por não prevalecer em face da Constituição, não pode ter repercussão prática. Equivaleria a frustrar a grande conquista do povo americano e, por certo, da Civilização: a Constituição escrita. Como o Judiciário se estende a todas as causas decorrentes da Carta Magna, por força dela própria, não pode ele deixar de declarar a inconstitucionalidade da lei que afronta a lei fundamental.⁶³

Alguns exemplos de violação hipotética da Constituição, por posterior lei, são lembrados por Marshall para ilustrar a sua tese, a de que a Constituição é uma norma de governo tanto para o Judiciário, como para o Legislativo:

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Decisões Constitucionais de Marshall*, trad. Américo Lobo, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

⁶³ *Idem.*

Há muitas outras disposições da Constituição que servem para esclarecer o assunto.

Declare-se que nem um imposto ou direito será lançado em mercadorias exportadas de qualquer Estado. Suponha-se um imposto pago pela exportadora de algodão, tabaco ou farinha, e uma demanda proposta para a sua restituição. Deve-se em tal caso proferir julgamento? Devem os juízes ter olhos cerrados para a Constituição, e só fitos na lei? Declara a Constituição que nem um *bill of attainder* ou nem uma lei *ex post facto* serão decretados.

Se, contudo, passar tal *bill* e se por efeito dele alguém for processado, o Tribunal deverá condenar à morte as vítimas cuja vida a Constituição se empenha em preservar?

“Ninguém, diz a Constituição, será condenado por traição, senão mediante o contexto depoimento de duas testemunhas de algum ato patente, ou mediante confissão feita em sessão pública de um tribunal.”

Aqui a linguagem da Constituição se dirige especialmente aos tribunais. Ela lhes prescreve diretamente uma inflexível regra de prova, que nunca deverá ser postergada. Se a legislatura mudasse essa regra e declarasse o depoimento de uma só testemunha, ou a confissão extrajudicial, suficiente para a sentença condenatória, deveria o princípio constitucional ceder a primazia à resolução legislativa?

Destas, e muitas outras seleções que se poderiam fazer, mostra-se que os autores da Constituição consideram aquele instrumento como regra de governo, tanto para os tribunais, como para a legislatura.⁶⁴

O caso *Marbury vs. Madison* (1803) revela a importância do sistema americano da construção do Direito. Ele é o primeiro dos *constitutional test cases*, aquele que iniciou a longa história da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na evolução do controle da constitucionalidade das leis.

Houve dificuldades para a consolidação da doutrina do controle, delineada por Marshall no célebre caso. No início, pelo menos três casos a abalaram. O primeiro, o da proposta de *impeachment* do Juiz Samuel Chase, em que Marshall quase negociou as prerrogativas. Segundo, por ocasião da declaração da constitucionalidade do Banco dos Estados Unidos, com desenvolvimento da doutrina dos poderes implícitos da União (caso *Mac Culloch v. Matyland*, 1819); e o terceiro, pela oposição de Lincoln o caso do escravo Dred Scott, já na época de Taney.⁶⁵

⁶⁴ *Decisões Constitucionais de Marshall*, trad. Américo Lobo, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908.

⁶⁵ Bittencourt, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, ps. 14-17; v. também Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, Nova Iorque, Baker, ps. 4-11; existiram também críticas a Marshall, no sentido de que ele expressava uma política partidária e que houve, na verdade, uma usurpação de poderes por parte da Suprema Corte. Além disso, refutou-se o argumento de que uma Constituição escrita acarreta, necessariamente, um sistema de controle, pois há outros países, com sua Carta Fundamental escrita e que, nem por isso, tem o instituto do controle de constitucionalidade. Cf. Evans, Lawrence B. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª ed., Chicago: Callaghton, 1952.

Outros casos notáveis têm havido e neles é possível verificar não apenas o desenvolvimento do *judicial review* e da *construction* da lei, mas também como o federalismo americano se alterou no tempo e de que maneira as liberdades públicas se concretizaram no regime americano.

Na verdade, a Suprema Corte integra, de tal maneira, o sistema de governo dos Estados Unidos, que dele não se pode falar sem menção ao Tribunal, uma das suas notas mais características. Toda a teoria da supremacia constitucional nasceu e foi desenvolvida por aquela Corte. A história do controle de constitucionalidade das leis confunde-se com a da Suprema Corte americana, sobretudo na sua feição aceita pelo sistema brasileiro. Realça, ainda, o fato de aquele Tribunal haver estado presente em todos os momentos da evolução político-institucional americana, atuando de conformidade com as exigências dos grandes debates nacionais, embora possa ter ficado, eventualmente, aquém do melhor Direito, a fim de atender a determinadas situações conjunturais.

A Constituição é lei suprema, mas quem a interpreta são os tribunais. Daí a clássica frase de Charles Evans Hughes: “Vivemos sob uma Constituição; mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é.”⁶⁶ Os juízes não detêm a hegemonia, mas são intérpretes máximos da vontade constitucional.⁶⁷ Quem decide, em última instância, sobre o significado das palavras da Constituição é a Suprema Corte. Nessa função, o Tribunal tem variado, para admitir, ou não, certas interpretações, sempre, porém, contribuindo para o desenvolvimento de seu mais alto Tribunal.

Alguns exemplos podem ilustrar a presença do Supremo Tribunal na vida política americana e no desenvolvimento de suas instituições jurídicas. Até a guerra civil americana, somente duas vezes foi declarada a inconstitucionalidade de lei: no já citado caso *Marbury vs. Madison* (1803) e no *Dred Scott case* (1857). Vinte e seis casos de declaração ocorreram entre 1803 e 1900 e até pouco tempo, tão-somente, setenta e nove julgados levaram a essa declaração.⁶⁸

⁶⁶ Hughes, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

⁶⁷ Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, Nova Iorque: Baker, p. 10.

⁶⁸ Evans, Lawrence B.. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª ed., Chicago: Callaghan, ps. 53-54, onde consta um rol de casos em que a Suprema Corte declarou inconstitucionais atos do Congresso, de 1803 a 1943, num total de setenta e nove vezes.

2.3. História e Evolução do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das leis no Direito Brasileiro

2.3.1. A Constituição de 1824

A Constituição de 1824 não reconheceu ao Judiciário a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento.⁶⁹ Isso era lógico a partir da concepção histórica da época. A Constituição do Império refletia o constitucionalismo francês, o qual, fruto da Revolução, não podia aceitar que um dos Poderes interferisse sobre o outros, anulando-lhe os próprios atos. Tal penetração e sobreposição, de um Poder noutro, indicariam o descumprimento do dogma revolucionário da separação dos poderes.⁷⁰ Era natural, portanto, que não houvesse criação jurisdicional. As circunstâncias diferiam substancialmente daquelas existentes nos Estados Unidos da América, que possibilitaram a construção pela Suprema Corte, não obstante a inexistência de texto legal expresso.

De se ressaltar que, a Constituição Imperial de 1824, seguindo o modelo francês, atribuía ao Legislativo a função de guardar a Constituição. Até a interpretação era exclusiva do Legislativo. Pimenta Bueno elucida: “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 que 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 por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse...”⁷¹.

Dizia a Carta de 1824:

Art. 13. O poder legislativo é delegado à assembléia geral com a sanção do Imperador.

Art. 15. É da atribuição da assembléia geral:

8º - Fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

⁶⁹ Bittencourt, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 27; Barbi, Celso Agrícola. “Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista de Direito Público*, nº 4; Bastos, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1978, ps. 60 e segs..

⁷⁰ Na França era visível, também, a enorme desconfiança no Poder Judiciário, sob o entendimento de que esse Poder apenas repercutia a vontade do rei.

⁷¹ Bueno, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958, p. 69.

9º - Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da nação.

Havia, é bem verdade, o Supremo Tribunal de Justiça (antecessor do Supremo Tribunal Federal), composto de juízes letrados, tirados das relações por suas antiguidades, condecorados com o título de conselheiros (art. 163). Sobre aquela Corte, Levi Carneiro faz incidir crítica, como a responsabilizar-lhe, pela omissão, o atraso histórico na evolução do nosso controle de constitucionalidade das leis.⁷²

A tese de Levi Carneiro defende que o Judiciário era, no sistema da Constituição do Império, dependente do Executivo, controlado pela Legislativo e subordinado ao Poder Moderador. Não podia assim efetivar a supremacia constitucional, nem proteger os direitos.

A inconstitucionalidade de leis elaboradas com o concurso do próprio Poder Moderador foi argüida muitas vezes, mas não pronunciada com eficiência. O Judiciário estava, assim, quase incapacitado para a sua missão política.⁷³

Sem diminuir a culpa do Tribunal, que não soube fazer valer as suas prerrogativas e habilitar-se ao desempenho de sua missão, é irrecusável que cabe ao Parlamento a maior responsabilidade pela sua organização defeituosa e errônea.⁷⁴

Comparando o Tribunal do Império e a nossa situação com o acontecido nos Estados Unidos da América, ele escreve, referindo-se à transformação da Suprema Corte em poderoso freio nas relações entre os Poderes:

Em um regime unitarista, esse freio, esse regulador, menos necessário, não seria menos útil. Ele nos faltou. Faltou-nos, pela incompreensão do Parlamento e pela inópia do Tribunal. E por falta dele, a centralização, mais que isso, a concentração absorvente de poderes nas mãos do Imperador agravou-se cada vez mais, até à reação inevitável, que poderia ter sido o esfacelamento do país.

Não saberia D. Pedro I que a melhor restrição da autoridade parlamentar, e até da autoridade legislativa dos Estados, seria o próprio Supremo Tribunal (vide Saner, in *Constit. Review*, 1923, p. 175).

Despercebido da sua própria missão mais alta, esquecido da repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária, o nosso Tribunal não exercitou, com largueza, as suas

⁷² Carneiro, Levi. *Federalismo e Judicialismo*, Rio de Janeiro: Alba, 1930.

⁷³ *Idem*, p. 225.

⁷⁴ *Idem*, p. 233.

prerrogativas, atrofiou-se, deixou que os outros poderes constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o.⁷⁵

Ocorre que, tal crítica parece improcedente. Pelo exame da letra do texto constitucional, atribuiu-se à assembléia a guarda da constitucionalidade, e não se arrolou nada na competência do Supremo Tribunal de Justiça, que viesse a justificar a sua expansão no referido controle (cf. art. 164). Além disso, a chave de todo o sistema era o Poder Moderador, delegado privativamente ao Imperador.⁷⁶ Ele estava acima dos outros poderes, não sendo, por isso, razoável admitir fosse atribuído ao Judiciário o controle de constitucionalidade, que, no fim, significaria um controle sobre o Poder Legislativo.⁷⁷

Ademais, constava da Constituição que o Imperador, antes de ser aclamado, prestaria nas mãos do presidente do Senado, reunidas as duas câmaras, o juramento de, entre outras coisas, observar e fazer observar a Constituição política da nação brasileira (art. 103). Não se deveria, por outro lado, supor que a existência de uma Constituição escrita, logo rígida, deveria implicar o controle da constitucionalidade, consoante o que foi imaginado nos Estados Unidos da América, porquanto a própria idéia da qualidade do que fosse constitucional era diferente da – em regra – presente nos textos constitucionais escritos. Dizia o 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.”

A idéia é de Benjamin Constant. “Há muito tempo já dizia que uma Constituição era a garantia da liberdade de um povo, todo o conteúdo que diga respeito à liberdade é constitucional, mas nada é constitucional que não tenha esse conteúdo” (“*Il y a longtemps que j’ai dit qu’une Constitution étant la garantie de la liberté d’un peuple, tout ce que tenait à la liberté était constitutionnel, mais que rien n’était constitutionnel de ce qui n’y tenait pas*”). É mais ou menos coerente para quem o individualismo consistia no valor máximo e o triunfo da individualidade no plano da Política. A

⁷⁵ *Idem*, p. 239.

⁷⁶ Art. 98, Sobre o Poder Moderador, cf. Uruguai, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1930, ps. 225 e segs; e Bueno, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958, p. 201.

⁷⁷ Bittencourt, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 28.

liberdade individual deve prevalecer sempre, quer sobre a autoridade que desejaria governar pelo despotismo, como sobre as massas que reclamam o direito da maioria em sujeitar a minoria. Adotando o modelo da monarquia constitucional e ideal do regime inglês, as idéias de Benjamin Constant inspiraram os constituintes do Império brasileiro. Para ele não era suficiente reconhecer os direitos individuais, mas garanti-los. Tal é o objeto das Constituições modernas no que tange aos denominados direitos de primeira geração.⁷⁸ São dele, também, as concepções do Poder Moderador, tal qual adotado pela Constituição brasileira de 1824. Compara a irresponsabilidade do rei com a responsabilidade dos Ministros. O Poder Real estava investido de uma autoridade inviolável. Esse Poder representava a chave de toda a organização política (*la clef de toute organisation politique*). Um Poder neutro diferente do Poder ativo dos Ministros. O Poder Real constituída a força de harmonizar os poderes, de maneira a evitar que se destruíssem reciprocamente ou que um prevalecesse, porque mais forte, sobre os outros. Daí sua função de preservar, de reparar, sem ser hostil. Para ele, deveria haver cinco poderes: O poder real, o executivo, o representativo de *la durée* (uma assembléia hereditária) e o representativo de *l'opinion* (uma assembléia eletiva). Ao Poder Judiciário competiria, apenas, aplicar as leis aos casos particulares.⁷⁹

2.3.2. A Primeira Constituição Republicana

Proclamada a República no Brasil, a sua idéia concretizou-se junto com outra dela inseparável, que é a da federação. O Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, estabeleceu, em seu artigo 1º:

Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de Governo da nação brasileira – a República Federativa.

Daí o cerne fixo de nossas constituições republicanas: a República Federativa.

⁷⁸ Os direitos de conteúdo negativo, visando à proteção do indivíduo em relação ao abuso de poder por parte de quem detêm o poder estatal, são os primeiros direitos a serem consagrados nos textos constitucionais. Daí a denominação *direitos de primeira geração*.

⁷⁹ Constant, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*, 2ª ed., 2 tomos, Paris: Librairie de Guillaumin, 1872, t. I, ps. 18 e segs.; cf. também Carneiro, Levi. *Federalismo e Judicialismo*, Rio de Janeiro: Alba, p. 225; e Bueno, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958, p. 479.

Nos Estados Unidos da América, o controle de constitucionalidade das leis evoluiu em simetria com as transformações do federalismo. O Poder Judiciário assumiu papel único para assegurar o pacto federativo. Conforme se alterou a federação, do dualismo ao cooperativismo, também foi modificada a prática da declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, até receber o Judiciário a competência pelas emendas 13, 14 e 15,⁸⁰

No Brasil, a situação foi diferente, a partir da origem de nossa Federação. O Brasil era um Estado unitário. Não houve, aqui, como nos Estados Unidos, uma reunião de entes para a criação de um outro ente soberano, de um Estado, enfim. A Federação foi uma imposição ao povo brasileiro, repleto de ameaças autocráticas e unitaristas geradoras de injustiças e ressentimentos.⁸¹

O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que publica a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (a chamada Constituição provisória), já arrolava, a exemplo do que a Constituição do Império o fizera em relação à Assembléia, dentre as competências do Congresso Nacional, a de “Velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de caráter federal” (art. 33, nº 36). Mas, também, estipulava um processo legislativo, determinando que o projeto de lei aprovado pelas duas câmaras seria enviado ao “executivo que, aquiescendo, o sancionará e promulgará” (art. 36, caput). “Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional, ou contrário aos interesses da nação, opor-lhe-á o seu veto...” (art. 36, § 1º). Além disso, estabelecia:

Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º. Das sentenças da justiça dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnadas.

O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, estabeleceu:

⁸⁰ Rodrigues, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1958; Cândido Mota Filho. “A Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista Forense*, maio, 1941.

Art. 3º. Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte.

Estava consagrado, então, o sistema de controle por via de exceção, difusa ou incidental.

E mais:

Art. 9º. (...)

Parágrafo único – Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos Tribunais e juízes dos Estados;

b) quanto a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;...

Estávamos, portanto, diante da criação do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário. A conseqüência inafastável seria o controle de constitucionalidade das leis.

Rafael Mayer lembra aquele importante momento histórico, em que se buscava “o instrumento eficaz de resguardo dos direitos individuais e liberdades públicas a que respondia em primeira visão o próprio Estado Constitucional que se instaurava”. A inspiração maior era de Campos Sales e Rui Barbosa. O primeiro, Ministro da Justiça, desse em exposição de motivos do diploma que organizou a Justiça Federal, anteriormente à promulgação da Constituição: “A magistratura que agora se instala no País graças ao regime republicano, não é instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade de interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.”

Rui Barbosa, com voz apostolar, no primeiro numa série de notáveis pronunciamentos: “Nós, os fundadores da constituição, não queríamos que a

⁸¹ Bonavides, Paulo. *A Constituição Aberta*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 342.

liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos desse tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda de sua hermenêutica, pusêmo-lo como um veto permanente as sofismas opressores da razão de Estado, resumimo-lhes a função específica nesta idéia. Se ela vos penetrar e apoderar-se de vós, se foi como nós concebíamos, como nos Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste Tribunal, a revolução republicana estará a salvo. Se, pelo contrário, se coagular morta, no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida.”⁸²

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 repetiu o que fora adiantado pelos dois diplomas. Manteve a incumbência do Congresso, porém não privativamente, de “velar na guarda da Constituição e das leis” (art. 35, I). Essa tarefa é inerente aos representantes; é própria, porém, não exclusiva. A Constituição, ao dizer “não privativamente”, admitiu a concorrência. Outros órgãos e possas investidas de autoridade velam na guarda da Constituição e das leis.⁸³

E no dispositivo atinente à competência do Supremo:

Art. 59. (...)

§ 1º. Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

(...)

b) quando se contestar a validade das leis ou 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.

Art. 60. Compete aos juizes 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;

⁸² Mayer, Rafael. “Do Supremo Tribunal de Justiça ao Supremo Tribunal Federal”, *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, 173(41):3-23, jul./set. 1988. Na verdade, a comissão constitucional do Congresso que discutia o projeto do governo provisório tratou da ação direta. João Pinheiro e Júlio de Castilhos apresentaram propostas de disposições que outorgavam ao Supremo Tribunal Federal a competência de apreciar os casos de inobservância pelos Estados das regras de organização, bem como dos princípios cardeais consagrados na Constituição (Anais do Congresso Constituinte da República, 1924, v. 2, p. 432 – *apud* Parecer de Gilmar Ferreira Mendes *in Representação de Inconstitucionalidade* 1405-3 – RT 633/179). Tentou-se judicializar os conflitos federativos para fins de intervenção. A Reforma de 1926 consagrou os princípios constitucionais da União, outorgando ao Congresso a competência privativa para decretar a intervenção. O Parlamento passou a ter a atribuição do controle de constitucionalidade. As Cartas de 34, 46, 67/69 consolidaram a forma judicial como modalidade de verificação prévia de ofensa constitucional, no caso de controvérsia sobre a observância dos princípios constitucionais da União, ou para garantir a execução de lei federal.

⁸³ Conferir, a respeito, o entendimento de Barbalho, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1924, ps. 139 e 190-191.

Finalmente, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal da República, dispôs de maneira lapidar:

Art. 13 – Os juízes e tribunais federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União.

(...)

§ 10 – Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Essa foi, provavelmente, a primeira norma jurídica legal a determinar a inaplicabilidade, pelos juízes, de lei e decreto incompatíveis com a Constituição.

Nos Estados Unidos da América, como vimos, o controle nasceu da atividade jurisprudencial, pelo trabalho de construção da Suprema Corte.

No Brasil, também a Constituição de 1891 silenciou a respeito. Mas o retrotranscrito dispositivo da Lei nº 221/94 o determinou expressamente, adotando o controle difuso (qualquer juiz ou tribunal), pelo qual as leis inconstitucionais não seriam aplicáveis e, por isso, perderiam a eficácia por contrariarem a Lei Magna. Isso não deixa de merecer admiração pela legislação subsequente, pois o legislador brasileiro dava início a uma evolução histórica do instituto, muito interessante, onde grande tem sido a contribuição do constitucionalismo brasileiro.

A Reforma de 1926 aprimorou a redação dos dispositivos presentes no texto constitucional originário (art. 60, a e § 1º, a e b).

2.3.3. A Constituição de 1934

A Constituição de 1934 trouxe importantes inovações. Seu art. 76, III, b e c, reproduziu a orientação anterior:

Art. 76. À Corte Suprema compete:

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância:

(...)

b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de 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 válido o ato ou a lei impugnada;

No art. 179, todavia, uma grande novidade (o *quorum* especial):

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.

Assim, embora estivesse preservada a competência do juiz singular para apreciar a questão constitucional, o constituinte estabelecia pressupostos para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais. E, de grande e revolucionária repercussão, o seguinte dispositivo:

Art. 91. Compete ao Senado Federal:

(...)

IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberações ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Resolvia-se, assim, de maneira inteligente, o grave problema das decisões jurisprudenciais que declaravam a inconstitucionalidade, e, por si sós, não obrigavam aos juízes singulares, nem aos tribunais estaduais, enquanto a lei, ainda que declarada inconstitucional, continuava em vigor. Houve, é verdade, certa imprecisão, pois ao falar em Poder Judiciário, não se podia deduzir qual o órgão judicial que deveria possibilitar a suspensão da execução pelo Senado Federal. Talvez, daqui se pudesse deduzir a não obrigatoriedade de o Senado determinar a suspensão da execução, ficando a critério daquela Casa do Congresso Nacional o exame individual dos casos, permitindo-lhe, inclusive, adotar a medida suspensiva mesmo que a declaração houvesse sido proferida por um juiz singular ou por um Tribunal estadual.

De qualquer forma, a inovação atendia à maneira de ser do sistema de jurisdição brasileira. Não pertencendo ao grupo de países que adotam o *common law*, como os Estados Unidos da América, e a conseqüente importância dos precedentes judiciais (*stare decisis*), era natural que, entre nós, a decisão do Supremo Tribunal não acarretasse os efeitos lá produzidos. Aqui, não há a força dos precedentes. Logo,

se o juiz não convence, continua aplicando a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que tal declaração só produz efeitos *inter partes* (entre as partes que compõem a lide). A inovação da Carta de 1934 permitia dar efeitos *erga omnes* (geral) a uma decisão num caso concreto. Por outro lado, a solução atenuava o problema da quebra da harmonia e equilíbrio entre os Poderes, pois remetia a um órgão do Poder Legislativo a atribuição de suspender a execução da lei declarada inconstitucional.⁸⁴

Outra importante novidade foi a de estabelecer a competência privativa do Estado-Membro para elaborar sua Constituição e leis, mas com observância de determinados princípios (princípios constitucionais sensíveis). Se tais princípios fossem inobservados, possibilitaria a intervenção federal. Essa intervenção dependeria de o Procurador-Geral da República provocar o exame do Supremo sobre a constitucionalidade da lei violadora do pressuposto. Estava, assim, criada a ação direta de inconstitucionalidade (interventiva).⁸⁵

De fato, insere-se no ordenamento jurídico brasileiro uma importante semente para o desenvolvimento do controle abstrato de normas com a possibilidade de provocação direta do Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, na forma prevista no art. 12, § 2º, da Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 ainda contribuiu indiretamente para o controle da constitucionalidade, ao arrolar, dentre os direitos individuais, o mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade (art. 113).

Em face da natureza do novo instituto, possibilitando que os atos fossem impugnados, porque fundados em lei inconstitucional, a discussão da conformidade das leis com a Lei Maior se estendeu a todo o Judiciário nacional.

⁸⁴ Barbi, Celso Agrícola. “Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista de Direito Público*, nº 4; Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1978. v. a propósito da engenhosa criação brasileira de cometer ao Senado Federal a suspensão da execução da lei inconstitucional, interessantes considerações de José Néri da Silveira, no artigo “A Dimensão Política do Judiciário e a Nova Constituição”, item II. “O Controle de Constitucionalidade das Leis, no Século Republicano, e o Supremo Tribunal Federal”, *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, 173(41):49-66, jul./set. 1988.

⁸⁵ Cf. art. 12, § 2º, da Constituição de 1934, e Alfredo Buzaid. *Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, 141 ps.

2.3.4. A Carta de 1937

Em relação ao mandado de segurança, houve retrocesso na Carta de 1937, peculiar ao momento político que a ensejou, pois o instrumento processual foi retirado da Constituição, enquanto a legislação excluiu de seu alcance os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e interventores dos Estados.⁸⁶

A grande novidade, porém, da Constituição de 1937 estava no parágrafo único do seu art. 96:

Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. 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 defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Na verdade, ao nosso ver, um retrocesso em tema de controle de constitucionalidade, porém essa crítica não foi acompanhada por vários juristas da época.

É o caso de Marcelo Caetano, que qualifica o art. 96 da Carta de 1937 como “um engenhoso processo que não chegou a ser experimentado”⁸⁷, para resolver o problema da separação entre os Poderes e seu equilíbrio e harmonia, princípios, sem dúvida, abalados pelo exame judicial da constitucionalidade das leis.

De fato, não obstante a “engenhosidade e a lógica da solução dada”, pela Carta de 1937, nos termos do dispositivo transcrito, ele não deixou de gerar polêmica, como tudo em relação àquela Constituição, dadas as circunstâncias em que ela foi outorgada.

Assim, por exemplo, Celso Agrícola Barbi, no trabalho que vimos citando, afirma conter o artigo 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

⁸⁶ Conforme também o art. 319 do Código de Processo Civil de 1939.

⁸⁷ Caetano, Marcelo. *Direito Constitucional*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 405.

texto constitucional, o qual prevaleceria em relação a outros diplomas, como norma limitadora.

Em sentido oposto, Cândido Mota Filho, contemporaneamente à norma em exame, qualifica-a de inovação de extraordinário alcance. Para ele, a subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento situa a vida legislativa, nas democracias, em seus verdadeiros termos, “impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido do caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. A tendência para o controle da constitucionalidade constitui um campo aberto para a política, pois a própria Constituição é uma lei política, que distribui poderes e competências fundamentais. Todo o movimento europeu de criação de Tribunais Constitucionais indicaria aquela possibilidade de construção criativa. No entanto, aqueles Tribunais, em sua prática deformam a concepção do ato político e destroem a unidade clássica da concepção jurídica. ”A Constituição, porém, pelo sistema de controle que adotou, seria “um esforço, não só para atender às condições peculiares das tendências políticas brasileiras, mas também para aplaudir o que há de universalidade no controle judicial. Não quis repetir experiências fracassadas e perigosas para um país novo, que precisa manter a fé nas instituições, mas, sim, dar ao Poder Judiciário o seu caráter autêntico. Já Black, ao fixar as regras do controle de inconstitucionalidade pelo Judiciário, afirmava que a presunção seria sempre em favor do legislativo”.⁸⁸

No entender de Cândido Mota Filho, a Carta de 1937, ao destruir a velha sistemática de separação de poderes, atribuindo ao Presidente da República poder legislativo e a competência para coordenar a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirigir a política, inclusive a política legislativa de interesse nacional, traçou o art. 96 em tela, com grande sabedoria. “Se o Presidente é o supervisor dos negócios políticos do Estado e colabora na obra legislativa, ele deve, no caso de uma lei ser declarada inconstitucional, obter os meios para que o assunto definitivamente se esclareça, no benefício dos superiores interesses do Estado, por isso, a Constituição confere ao Parlamento a faculdade de remover a inconstitucionalidade,

⁸⁸ Filho, Cândido Mota. “A Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 86, nº 454-56, ps. 273-279, abr./jun., 1941.

pela nova votação da lei.”⁸⁹ A Constituição de 1937, na opinião de Mota Filho, opõe àquele privilégio “o princípio vivo e palpitante dos interesses nacionais, dentro do prestígio dos poderes harmônicos do Estado. Por isso mesmo, o uso da faculdade de remover a inconstitucionalidade é traçado com escrupulosa cautela. O Presidente da República precisa ter a iniciativa e, em seguida, dois terços de votos em uma e outra Câmara e, finalmente, se trate de interesse nacional de alta valia.”⁹⁰

É claro que o conhecimento é condicionado pelas condições da época e do meio que o produzem, mas não podemos deixar de criticar a manifestação favorável ao dispositivo em questão, haja vista a opção, que tivemos oportunidade de frisar no item 2.1. do presente capítulo, pelo controle de constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário, que dentre os poderes, ao nosso ver, é o que menos oferece perigo à democracia.

De qualquer forma, como ainda tratamos do controle difuso de constitucionalidade, pode haver certa razão em se defender a interferência de outro Poder nos efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, ao se partir da premissa de que a repercussão do julgado *inter partes* está mais nos aspectos sociais do que no Direito, pois constitui elemento de fato, não qualificado pela norma jurídica ordinária ou constitucional. De fato, na declaração incidental de inconstitucionalidade, o julgado não retira a vigência da lei declarada inconstitucional, pois caberá ao Parlamento confirmar ou não se a decisão do Tribunal atende aos requisitos previstos no parágrafo único do art. 96 em questão. Difícil torna-se compatibilizar a premissa do constituinte, que outorga subjetivismo à decisão do Presidente (“a juízo do Presidente da República”) em submeter ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se de requisitos genéricos, como “necessária ao bem-estar do povo, à promoção da defesa de interesse nacional de alta monta”, com o princípio da separação dos poderes.

Importante aduzir, diante dessa experiência histórica, que o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário só consegue ser devidamente exercido quando o Estado Democrático de Direito possibilita a livre atuação dos poderes estatais.

⁸⁹ Filho, Cândido Mota. “A Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 86, nº 454-56, ps. 273-279, abr./jun., 1941

2.3.5. A Constituição de 1946

Fato é que, com a Constituição de 1946, restabeleceu-se a tradição republicana até 1934. Os casos previstos em 1891 foram mantidos (art. 101, III, *b* e *c*). Renovou-se a exigência do *quorum* de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade (art. 200). O Senado continuou com a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ficando claro, então, que a suspensão de execução poderia ocorrer, apenas, nas declarações do Supremo e não de qualquer órgão do Poder Judiciário, como o texto de 1934 poderia sugerir. Houve, apenas, dúvida sobre se a competência do Senado se estendia também às leis estaduais e municipais, firmando-se o entendimento de que essas leis igualmente seriam suspensas, desde que declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a Constituição de 1946 manteve a possibilidade da intervenção federal com fundamento em representação por inconstitucionalidade perante o Supremo (art. 7º, VII), complementando, no art. 13, que o Congresso Nacional poderia limitar-se a suspender o ato declarado inconstitucional, se a medida bastasse para a normalização do Estado-Membro. O assunto foi regulado pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954 e, posteriormente, pela Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964.

Essa arguição de inconstitucionalidade era específica para exame de legislação estadual ofensiva da Constituição Federal. Mas o art. 2º da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, deu maior amplitude ao instituto, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para o processo e julgamento de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Assim sendo, a ação direta desvinculou-se dos fins de intervenção federal, conforme os textos constitucionais anteriores.⁹¹

Dessa forma, a Emenda Constitucional nº 16/65 inaugurou o sistema concentrado de controle de constitucionalidade das leis (apenas o Supremo Tribunal Federal processa e julga a ação). Necessário dizer-se, a propósito, que a ação direta

⁹⁰ *Idem, ibidem*; cf. também a defesa do dispositivo cit., feita por Bittencourt, Lúcio, *op. cit.*, p. 30, de cujo espírito liberal-democrático ninguém pode duvidar, socorrendo-se de Francisco Campos e de Roberto Jackson.

⁹¹ Barbi, Celso Agrícola. “Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista de Direito Público*, nº 4.

de constitucionalidade, para fins de intervenção, foi passo importantíssimo para a doutrina brasileira, pois a partir dela foi possível construir toda a dogmática que acabou por desaguar no atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis, ajudando a resolver os seus problemas.

São algumas dessas contribuições as seguintes: “A representação interventiva é instrumento jurídico que se integra em um processo político – a intervenção – para legitimá-lo. Embora diga respeito à lei em tese, não se apresenta, propriamente, como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade nela obtida não opera *erga omnes*, mas apenas possibilita (como elo de uma cadeia em que se conjugam poderes diversos) ao Presidente da República (ou a Governador, se for o caso) suspender a execução do ato impugnado.”⁹² A posição do Procurador-Geral da República, na ação direta para fins de intervenção, é a de substituto processual, representando “toda a coletividade empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôs em risco a estrutura do Estado”.⁹³ Cotejando-se esse entendimento com a doutrina e jurisprudência desenvolvidas em torno da ação direta de inconstitucionalidade, a partir do advento da Emenda Constitucional nº 16/65, o papel do Procurador-Geral da República, e de todos os demais entes legitimados para a propositura dessa ação, é a defesa da ordem jurídica, sem representar interesse próprio ou de qualquer parte, simplesmente se pretende expurgar do ordenamento jurídico uma norma federal ou estadual contrária ao texto constitucional.

De se notar que as primeiras decisões do Supremo atribuíram à representação interventiva o caráter de uma relação processual contraditória, na qual o Procurador-Geral da República representava os interesses da União, enquanto guarda da Federação, buscando assegurar a observância pelo Estado-membro dos princípios consagrados no art. 7º, VII, da Constituição de 1946. Hahnemann Guimarães destaca que a forma de arguição pouco importava. Apenas dois requisitos: a legitimidade do argüente (o Procurador-Geral) e a questão constitucional em si.⁹⁴

⁹² RE nº 92.169, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 103/1112.

⁹³ Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 107.

⁹⁴ *Archivo Judiciário* 85/64-65 – Parecer cit. de Gilmar Ferreira Mendes, *RT* 633/179.

2.3.6. O texto da Constituição de 1967 e suas emendas

A Constituição de 1967 absorveu a citada Emenda Constitucional nº 16/65 e trouxe, a propósito do tema, importantes novidades.

O texto recebeu inúmeras emendas, entre outras a de nº 1, de 17 de outubro de 1969, que lhe deu uma nova redação. Anotadas algumas diferenças, é possível tratar do texto constitucional, como um todo, nos pontos em que cuida do controle de constitucionalidade.

Ela manteve as linhas gerais das Cartas republicanas e da sua evolução em relação ao problema do controle, com algumas notáveis inovações. Estavam nela, como direito e garantia individuais, os princípios da legalidade (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), e o da inafastabilidade do controle judicial (“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”). Este último dispositivo recebeu, pela Emenda nº 1/69, uma modificação, acrescentando-se ao texto a possibilidade legal de condicionar-se o ingresso em juízo ao exaurimento prévio das vias administrativas, prevendo a Constituição, o que erradamente chamou de “contencioso administrativo” para julgamento dos litígios decorrentes das relações de trabalho (arts. 110 e 111); bem como os “contenciosos” administrativos federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes de trabalho (art. 203).

Tais inovações foram trazidas pela Emenda Constitucional nº 7/77, mas essas condições de procedibilidade não chegaram a operar, uma vez que não houve lei que as disciplinasse. A expressão “contencioso administrativo” não parece ser das mais corretas para aquilo a que a Constituição se referiu, pois pode dar a impressão de que se criou, no Brasil, uma espécie de jurisdição administrativa do tipo francês, fazendo exceção ao nosso princípio de jurisdição única, atribuída unicamente ao Judiciário. Foi criada, apenas, a possibilidade de degraus para a procedibilidade.

Além disso, a expressão “contencioso administrativo” é errada porque indica o conjunto de causas em que a Administração é parte, cuja totalidade pode, ou não, ser alcançada pela função judicial a cargo do Poder Judiciário. De qualquer forma, a inovação constitucional não alterou os princípios expressos sobre os quais se assenta

o controle de constitucionalidade, por força do tipo escrito de Constituição e de sua rigidez, quais sejam o de que só a lei de conformidade com a Lei Fundamental obriga alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa e o de que essa qualidade da lei, que lhe dá a própria substância, é suscetível de exame pelo Judiciário, sempre que houver lesão de direito individual.

Em respeito à ação direta, a Constituição de 1967 omitiu o dispositivo que possibilitava a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. Mas a Emenda nº 1/69, ao tratar das hipóteses de intervenção nos Municípios, dispôs sobre o caso de o Tribunal de Justiça dar provimento à representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, além de garantir a execução de lei ou ordem ou decisão judiciária. Nesse caso, a intervenção consistiria, apenas, num decreto do Governador, se isso fosse suficiente para a normalização (art. 15, § 3º, d).

Continuou o texto a admitir a intervenção federal nos Estados para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária e para exigir a observância dos princípios constitucionais básicos arrolados no art. 10, VII, fazendo depender a medida, na primeira hipótese, de requisição do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral, conforme a matéria, ressalvada, nos dois casos, a condição de provimento, pela Suprema Corte, de representação do Procurador-Geral da República, quando se tratasse de execução de lei federal (art. 11, § 1º, b e c). Alterou, todavia, a competência que determinava a suspensão da execução do ato impugnado ou lei declarada inconstitucional. Antes, tal poder pertencia ao Congresso e passou ao Presidente da República, competente para intervir, ficando limitado o decreto presidencial à suspensão do ato; se isso tiver eficácia plena, ficaria dispensada a apreciação do decreto presidencial pelo Congresso (art. 12, § 2º). Mantinha-se, assim, a ação direta de inconstitucionalidade para os fins de intervenção federal nos Estados-Membros e de intervenção estadual nos Municípios.

Grande inovação, porém, estava destinada à ação direta do Procurador-Geral da República a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de exame abstrato de norma impugnada. De fato, não apenas se manteve a novidade trazida pela Emenda nº 16/65, como sofreu ela grande alteração pela Emenda nº 7/77, que criou a

hipótese de a representação versar também sobre interpretação de lei. O texto determinava a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 119, I, XXX, I). Assim, o Pretório Excelso também era competente para apreciar a legalidade dos atos.

Por outro lado, foi conservada a competência da mais alta Corte do País, como guarda da Constituição, para julgar, em única ou última instância, pelos tribunais quando a decisão recorrida contrariasse dispositivo constitucional ou declarasse a inconstitucionalidade de lei federal (art. 119, III, a e b). Esse exame da alegação incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo, em grau de recurso extraordinário, foi muito importante, embora as decisões produzissem efeitos *inter partes*, só auferindo o efeito *erga omnes* caso o Senado, discricionariamente, resolvesse suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 42, VII).

O texto da Lei Maior, no regime precedente ainda estabelecia forma de controle prévio da lei, ao estabelecer o direito-dever do Presidente da República de vetar projeto de lei, aprovado pelo Congresso, se o julgasse inconstitucional (art. 59, § 1º).

Conservou, ainda, a Constituição o *quorum* especial para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 116).

2.3.7. A Constituição de 5 de outubro de 1988

A Constituição de 1988 nasceu sob o signo de uma contradição em relação ao regime precedente em termos de formalização do poder constituinte originário. O primeiro problema surgiu na convocação da chamada Assembléia Constituinte, que elaborou a nova Carta. A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou aquela Assembléia, dando esse nome ao Congresso existente, foi de iniciativa do Poder Executivo. Em outras palavras, para criar-se a Constituinte foi preciso emendar a Constituição. Isso significa que, por decorrer do poder constituinte originário, não haveria qualquer ruptura formal com a ordem anterior. Houve uma Constituinte com o País constitucionalizado. Aconteceu uma inversão. O Congresso disse, mediante emenda constitucional proposta pelo Poder Executivo, devidamente constitucionalizado, que haveria uma Constituinte e que seria ele, o Congresso. No

entanto, em um processo de ordenação constitucional, a Constituinte é que deveria criar, ou não, o Congresso, vale dizer, declarar a sua existência.

Vale dizer que, salvo a simulação de 1967, as outras ocasiões, 1824, 1891, 1930, 1934 e 1946, foram “constitucionalizantes”, por força da ruptura com a ordem anterior e com a necessidade de constitucionalização. Não tinha havido, até então, Constituinte com País constitucionalizado. Dar ao Congresso poderes constituintes foi dizer o que a Lei Maior já afirmava, desde que a idéia fosse da não ruptura com a ordem em vigor. Assim, a chamada Assembléia Constituinte estaria sujeita às limitações da Constituição de 1967/1969.

Ocorre que, tais considerações sobre a discussão da Constituinte originária ou derivada, da qual emanou a Constituição de 1988, não têm implicações práticas, porque, afinal, se formou indubitavelmente uma nova ordem constitucional que tem vigência e eficácia.

Um aspecto relevante, com reflexos no controle de constitucionalidade das leis, está na vocação instrumental da nova Lei das leis. Na verdade, os únicos pontos onde poderia haver inovações se situavam no direito instrumental, não no direito material. Reclamava-se o não cumprimento das normas, algumas meramente programáticas e sempre ineficazes. De nada adiantavam os direitos e a sua proclamação solene, sem os instrumentos que os garantissem. Nessa parte, havia os meios garantidores dos direitos públicos subjetivos oponíveis contra o Estado (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, controle de constitucionalidade das leis) a serem aperfeiçoados, mas outros eram cogitados de criação constitucional (os defensores do povo, a ação civil pública, maior dimensão da ação penal privada, os grupos de pressão, os mecanismos de fiscalização do exercício do poder pelos próprios destinatários dele).⁹⁵

Além dos instrumentos específicos de caráter político-democrático (representação, plebiscito, referendo, iniciativa popular no processo legislativo), a Constituição inovou, criando o mandado de segurança coletivo (já em parte admitido por certa orientação jurisprudencial), o *habeas data*, a ampliação e significativa pulverização dos titulares da ação direta de inconstitucionalidade das leis, o mandado de injunção, o alargamento do espectro da ação popular, a ação direta de

⁹⁵ Vide a propósito o artigo de Poletti, Ronaldo “Constituição Instrumento”, *Convivium*, 27(6): 531-538, nov./dez., 1988.

inconstitucionalidade por omissão. Com exceção, talvez, do *habeas data* e da ação popular, todos os instrumentos referidos, direta ou indiretamente, repercutem no mecanismo do controle de constitucionalidade das leis.

Dessa maneira, a Constituição de 1988 estendeu a inúmeros sujeitos a titularidade da ação direta de inconstitucionalidade que, no regime precedente, era exclusiva do Procurador-Geral da República, que não tinha total independência para submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal o exame da inconstitucionalidade das leis, haja vista ser nomeado para cargo demissível *ad nutum* pelo Presidente da República e o ato de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade ser discricionário.⁹⁶ O art. 103, portanto, atribuiu aquela titularidade ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas estaduais, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Além disso, a Constituição de 1988 conferiu uma série de prerrogativas ao Ministério Público Federal e, conseqüentemente, ao Procurador-Geral da República no exercício do seu papel institucional.

O extenso rol de entes legitimados à propositura da ação fez com que o sistema brasileiro avançasse para o da jurisdição concentrada. É claro que a ampla e difusa faculdade de propositura da ação direta de inconstitucionalidade implicou, certamente, uma discussão permanente a propósito do controle em abstrato da constitucionalidade das leis. Com tantos caminhos, dificilmente um cidadão deixará de suscitar a sua representação de inconstitucionalidade, quase como se fosse uma ação de natureza individual.⁹⁷ Ao lado disso, sob a titularidade assim difundida, o congestionamento do Supremo Tribunal Federal tornou-se inevitável e resultou na elaboração de jurisprudência pretoriana no sentido de que alguns sujeitos elencados

⁹⁶ Reclamação nº 849, Rel. Min. Adalício Nogueira, *RTJ* nº 59, p. 336; Reclamação nº 121, Rel. Min. Djaci Falcão, *RTJ* nº 100, p. 955; Reclamação nº 128, Rel. Min. Cordeiro Guerra, *RTJ* nº 98, p. 3 e s.; Reclamação nº 152, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ*, 11 de maio de 1983, p. 6292.

⁹⁷ Aliás, o anteprojeto de Constituição elaborado pelo Partido dos Trabalhadores propunha em seu art. 14: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor diretamente, perante o Tribunal Constitucional, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.” (cf. Comparato, Fábio Konder, *Mudar o Brasil! Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*, 3ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1986). Mais recentemente, inclusive, a Lei nº 9.882/99, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previa originariamente, em seu art. 2º, II, a possibilidade de qualquer cidadão propor, perante o Supremo Tribunal Federal, esse novo instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade do sistema brasileiro de controle. Esse dispositivo restou vetado pelo Presidente da República.

no artigo 103 da Constituição devem demonstrar, como condição de procedibilidade, a pertinência temática, ou seja, a relação de pertinência entre o objeto da ação (ato normativo federal ou estadual impugnado) e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical e, no caso do Governador e da Assembléia Legislativa, devem eles demonstrar a relevância ou qual a relação de pertinência da pretensão formulada para o Estado, isto é, o Supremo Tribunal Federal só vai conhecer da ação direta de inconstitucionalidade proposta por estes autores se a lei argüida de inconstitucional vir a afetar de alguma forma, causar algum prejuízo ou embaraço aos interesses do Estado que representam.⁹⁸ Também o fato de a Constituição ter continuado a sua expansão analítica, absorvendo um sem número de matérias, reservadas, noutros tempos, à legislação ordinária, faz com que sejam mais freqüentes as discussões jurídicas no plano constitucional.

Criou a Constituição duas novidades que se relacionam: a inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Ambos os institutos são de difícil compreensão. Com a declaração da inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal dará ciência ao Poder competente ou órgão administrativo para fazê-lo (art. 103, § 2º), permanecendo, ainda, ineficazes as conseqüências se o órgão, sobretudo o outro Poder, continuarem omissos. Da mesma forma, também o Judiciário não supre a omissão legislativa que se veicula no mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

A reparação constitucional feita, a nível federal, entre as funções do Ministério Público e as relativas à representação judicial da União, com a criação da Advocacia-Geral da União, levou o constituinte a erro na formulação do art. 103, § 3º, que prevê a participação do chefe daquela instituição no processo decorrente da ação direta.

A Constituição de 1988 suprimiu a possibilidade de representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo Federal ou Estadual, existente no regime anterior. Foram mantidos o *quorum* especial para os Tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 97) e a atribuição cometida ao Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X).

⁹⁸ Adin nº 902, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 22 de abril de 1994, p. 8646.

Na Constituinte, forte foi a campanha para a criação da Corte Constitucional. O Supremo Tribunal Federal já, de certa forma, o era. Oscar Dias Corrêa fez-lhe impressionante defesa,⁹⁹ não o suficiente para impedir que a competência da Corte fosse repartida com o recém-criado Superior Tribunal de Justiça, que passou, no novo regime, a ser competente para julgar o recurso decorrente de dissídio jurisprudencial ou de negativa de vigência de lei federal (recurso especial), esvaziando ou cindindo o caráter de tribunal federal do antigo Supremo. Ao lado disso, o fato de o Superior Tribunal de Justiça ser o único entre os Tribunais Superiores sem a competência de julgar matéria constitucional, ao nosso ver, tornou inconciliável o processamento de ações onde o Supremo Tribunal Federal entende que a matéria *sub judice* não é de natureza constitucional e remete o processo ao Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, entende que o caso envolve apenas matéria constitucional.

A ação direta para fins de intervenção continuou a existir nos termos do regime constitucional precedente. A intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para o fim de assegurar a observância dos princípios constitucionais arrolados no art. 34, VII, dependerá de provimento pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 36, III. Houve, apenas, uma alteração na competência judicial para o julgamento da ação, quando a intervenção visar a prover a execução de Lei Federal, pois depende, agora, de provimento da representação do Chefe do Ministério Público pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 34, VI, e 36, IV), mas a matéria aí não será necessariamente de caráter constitucional, salvo se o governo estadual negar-se a executar lei federal por entendê-la inconstitucional, quando então deverá aquele governo valer-se da ação direta em abstrato (art. 103, V).

Uma novidade da Constituição de 1988, resolutive de algumas questões atinentes à ação direta, sobretudo a nível dos Estados-membros, reside na proclamação da função institucional do Ministério Público de “promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição.”

Além disso, o texto constitucional contém norma prevendo a hipótese de intervenção do Estado-membro nos municípios, tal como o fizera a Carta anterior, no

⁹⁹ Corrêa, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 181.

caso de o Tribunal de Justiça do Estado dar provimento a representação formulado pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (art. 35, IV). Agora, como antes, a matéria referente à intervenção do Estado-membro no município fica remetida às Constituições Estaduais, embora não mais expressamente. Mas a ação direta (em abstrato) visando ao exame da constitucionalidade das leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vem autorizada explicitamente pelo art. 125, § 2º, proibida a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

2.4. Formas de provocação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade

Não poderíamos finalizar esse capítulo sem abordar, ainda que superficialmente, as espécies de controle concentrado e como é exercido o controle difuso no ordenamento jurídico nacional¹⁰⁰.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, autônomo e independente, tem constitucionalmente assegurados seu autogoverno e o poder de elaborar suas propostas orçamentárias e possui autonomia administrativa, podendo organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, não estando subordinado a qualquer outro órgão estatal.

Como dito, no Brasil, salvo na Constituição do Império, sempre houve a adoção do controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna. O Pretório Excelso nasceu sob a égide de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se, de forma efetiva no Brasil, com a Lei federal nº 221, de 1894, que concedia competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos, e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais. Na vigência da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16, de 6/12/1965, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência

¹⁰⁰ Tema, por si só, digno de trabalho próprio.

para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República, consagrando, definitivamente, o controle abstrato de constitucionalidade. Na atual Constituição foram adotados os dois clássicos sistemas de controle judiciário de constitucionalidade repressiva: norte-americano (difuso ou incidental) e austríaco (abstrato ou concentrado).

As competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal distanciam-se do modelo tradicional dos Tribunais Constitucionais europeus, pois, além das clássicas competências caracterizadoras da jurisdição constitucional – e, em especial, controle de constitucionalidade e a tutela dos direitos fundamentais – possui, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, competências para processar e julgar recursos em última instância.

Apenas a mais alta Corte tem competência para conhecer e julgar um conflito abstrato de inconstitucionalidade, onde busca-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um processo concreto. São espécies de controle concentrado a ação direta de inconstitucionalidade genérica (CF, art. 102, I, a), a ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), representação de inconstitucionalidade interventiva (CF, art. 36, III), ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, a, última parte) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º, regulamentada pela Lei nº 9.882/99).

O controle repressivo exercido pelo Supremo Tribunal, por via de ação direta de inconstitucionalidade, tem natureza dúplice, pois, efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, se num ou noutro sentido houver manifestação de no mínimo a maioria absoluta do Excelso Pretório.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas e nas ações declaratórias de constitucionalidade, declarada a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*) e gerais (*erga omnes*) e vinculantes, em face de seu caráter dúplice.

A declaração de inconstitucionalidade desfaz, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos (regra geral).

Ocorre que, como comentaremos no capítulo final, a Lei nº 9.868/99 permitiu ao Supremo Tribunal Federal a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação a sua amplitude, seja em relação a seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais: decisão da maioria de dois terços dos membros do tribunal e a presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O ordenamento constitucional brasileiro também prevê que, declarada a inconstitucionalidade de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias. Assim, haverá o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição obrigar o Poder Público a emitir um comando normativo e este quedar-se inerte, pois o que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena.

Cumprido ressaltar, a propósito, que em sede de controle abstrato de constitucionalidade, declarando o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de medida legal que torne a norma constitucional efetiva, deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para que, em se tratando de órgão administrativo, adote as providências necessárias em trinta dias; e, em se tratando do Poder Legislativo, adote as providências necessárias, sem prazo preestabelecido, pois, nessa hipótese, o Parlamento tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçado pelo Poder Judiciário a exercer o seu *munus*, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

A ação declaratória de constitucionalidade, ao seu turno, consiste em um processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional, de maneira a transformar a presunção relativa de constitucionalidade das leis e atos normativos em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes, constituindo sua primordial finalidade a transferência para o Supremo Tribunal Federal da decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que

esteja sendo duplamente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se, pois, o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que, declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.

Por fim, a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, prevista no § 1º do art. 102, introduzido pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da Lei nº 9.882, de 3/12/1999.

O § 1º do art. 102 da Constituição, de acordo com a Emenda Constitucional nº 3/93, estabelece que a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição de 1988, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A plena aplicabilidade desse instituto adveio com a Lei nº 9.882/99, que regulamentou o dispositivo constitucional, definindo as regras procedimentais para a aludida argüição.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental será cabível, de acordo com a lei em comento, seja na modalidade de ação autônoma, seja por equivalência ou equiparação.

O art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99, disciplinou a hipótese de argüição autônoma, tendo por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Percebe-se, então, o nítido caráter preventivo na primeira situação (evitar) e caráter repressivo na segunda (reparar) lesão a preceito fundamental, devendo haver nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do Poder Público, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de qualquer ato administrativo, inclusive decretos regulamentares.

A segunda hipótese (por equiparação), prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882/99, prevê a possibilidade de argüição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Nesse caso, deverá ser demonstrada a divergência jurisprudencial (comprovação da controvérsia constitucional) relevante na aplicação do ato normativo violador do preceito fundamental.

Convém advertir que no julgamento da ADInMC nº 2.231-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, “...o Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias constitucionais concretamente já postas em juízo”.¹⁰¹

Julgada a ação, far-se-á a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A decisão terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (*ex tunc*). Da mesma forma como acontece na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), como exceção à regra geral do princípio da nulidade, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (*ex nunc*) ou de outro momento que venha a ser fixado.

Mais uma observação se faz necessária sobre tão novo instituto do processo objetivo de controle de normas: será que o parágrafo único do art. 1º do dispositivo legal em comento extrapolou o limite de delegação normativa conferido pela Constituição?

É assente o entendimento do Pretório Excelso de que o poder constituinte originário apenas o atribui competência para, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, apreciação de lei ou ato normativo federal ou estadual, excluídos os municipais e anteriores à Constituição.

¹⁰¹ Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 253.

Portanto, ao que se percebe, a lei utilizou-se de importante instrumento para levar ao Supremo Tribunal Federal matéria que o Constituinte Originário (na forma interpretada pelo Pretório Excelso) não estabelecera.

De qualquer forma, enquanto o Pretório Excelso na aprecia essa questão, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, surge instrumento adequado ao combate da chamada “guerra de liminares”, induzindo profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

Em primeiro lugar, porque permite 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 da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpelações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.¹⁰²

3. A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E NECESSIDADE DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

3.1. Democracia e o princípio da maioria; 3.2. Proteção de minorias políticas; 3.3. Fundamento democrático da jurisdição constitucional; 3.4. Hermenêutica jurídica como concretização; 3.5. Interpretação conforme a Constituição.

A análise da crescente importância da Justiça Constitucional passa obrigatoriamente pelo estudo das dificuldades da representação política, enquanto sustentáculo da Democracia. As objeções tradicionais ao controle judicial da conformidade constitucional dos atos do poder, designadamente das leis, em termos práticos, estão definitivamente superadas. Há quase vinte anos, um eminente constitucionalista francês, Louis Favoreau, podia dizer afoitamente que “a legitimidade do controle jurisdicional das leis não é mais posto em causa nos anos 80”.¹⁰³

Na verdade, cresce constantemente o número de países que se dotam de um tribunal constitucional ou que reconhecem aos tribunais comuns o poder de fiscalização da constitucionalidade. A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.

Não há, no domínio versado, soluções universais e intemporais, pois todas elas dependem na apenas da visão que genericamente se perfilhe quanto à essência da jurisdição constitucional, mas também dos princípios da ordem constitucional vigente num determinado Estado, em um certo momento histórico, com particular incidência

¹⁰² Mendes, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual* nº 7 – dez./99.

¹⁰³ Favoreau, Louis. “Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale”, *Révue du droit public*, 1984, p. 1149.

no regime político, no sistema de governo e no sistema de fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder político constituído.

Por outro lado, não se pode ignorar a lição da experiência constitucional vivida.

Há mais de sessenta anos instaurou-se a polémica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca da caracterização política ou jurisdicional dos Tribunais Constitucionais e, em particular, da legitimidade do modelo austríaco de fiscalização de constitucionalidade dos atos do poder político constituído do Estado, principalmente das leis.

São hoje tidos por pacíficos os argumentos de autores como Cappelletti, Favoreu e Stern, entre tantos outros, no sentido da legitimidade da justiça constitucional em geral e dos Tribunais Constitucionais em especial. Argumentos esses uns de feição negativa, respondendo às objeções de violação da separação ou da divisão dos poderes, ou seja, de indevida invasão dos planos político *stricto sensu*, legislativo e mesmo administrativo. Assim: a detecção de alterações de contornos jurídicos na divisão de poderes contemporâneo, com a sobreposição das funções do legislador e do administrador; a necessidade de proteção de grupos sem expressão partidária e representação noutros órgãos de soberania; a relevância crescente dos sistemas partidários na prática dos sistemas de governo, com inversão de relações de subordinação jurídico-política; o reforço das maiorias e o chamado efeito marginalizador das minorias; a repercussão mediata dos sistemas eleitorais; a multiplicação e a complexidade das modalidades de lesão dos direitos fundamentais.¹⁰⁴

Outros argumentos revestem-se de feição positiva, neles sobressaindo a influência da História: a titulação constitucional; a própria projeção do sistema de governo como um todo e dos órgãos de base eletiva na composição dos órgãos ou dos órgãos jurisdicionais com competência de controle da constitucionalidade; o ativismo dos magistrados; os mecanismos de aproximação da justiça constitucional das realidades sociais, nomeadamente o seu papel crucial na defesa dos direitos fundamentais e na participação dos particulares na garantia da Constituição.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Sousa, Marcelo Rebelo de. “Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais”, In. Vários autores, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 215.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 216.

Mas se a questão da legitimidade da Justiça Constitucional a cargo de órgãos não exclusivamente políticos perdeu boa parte da resistência em sua aceitação, o mesmo não se dirá da recorrente discussão acerca das componentes políticas e jurídica de uma atividade que quase unanimemente se considera localizada na zona de tensão entre esses dois aparentes pólos.

Para maioria dos autores, estamos no caso do Tribunal Constitucional com atuação jurídica, porque ocupado predominantemente com a determinação do Direito mediante critérios de racionalidade jurídica, vinculada na sua essência; sem caráter genericamente oficioso; partindo da independência e imparcialidade orgânica e dos titulares; recorrendo a procedimento também jurisdicional.

Para outros, o que avulta são o contexto, o conteúdo e os efeitos da atuação, e esses são políticos, como também é o impulso que justifica pelo menos a fiscalização abstrata, a inserção da fiscalização preventiva na formação da vontade legislativa e o próprio modo de designação dos juízes, onde e quando se estiver perante Tribunais Constitucionais, relativamente aos quais convirjam composição e competência ligadas de forma mais direta aos órgãos de soberania governamental.

Dentro da doutrina que privilegia a visão jurídica da justiça constitucional é ainda possível encontrar a que caracteriza os respectivos órgãos – em particular os Tribunais Constitucionais – como órgãos jurisdicionais, acentuando o regulamento dos magistrados, a passividade (*non judex ex officio*), o procedimento e a natureza jurídica da decisão e a que neles vê legisladores negativos (não podem implementar atividades inerentes ao Legislativo) ou mesmo positivos, mediatos ou eventualmente imediatos, para os efeitos da fiscalização preventiva, da fiscalização abstrata, além de identificar a natureza jurídica das decisões dotadas de eficácia *erga omnes*, principalmente as que podem se revestir de conteúdo incidente no condicionamento material (conteúdo) e temporal dos efeitos do juízo de inconstitucionalidade.

Entendemos que a compreensão adequada da natureza da justiça constitucional e dos respectivos órgãos é indissociável da própria compreensão multidimensional do Direito Constitucional.

Na verdade, a natureza da justiça constitucional decorre da existência da Constituição como expressão de valores indispensáveis à vivência coletiva, de afirmação crescente da rigidez constitucional, da presunção da constitucionalidade, das resultantes exigências de efetivação dos princípios constitucionais em que se

destacam os definidores do Estado de Direito Democrático – da proteção dos direitos fundamentais à garantia do regime político democrático, da separação ou divisão de poderes à salvaguarda das minorias – mas que podem abarcar outras matérias tão relevantes como a forma do Estado ou o regime econômico.

Vemos a Constituição como uma realidade que comporta várias dimensões. Uma dimensão normativa, enquanto conjunto de princípios e regras de Direito. Uma dimensão volitiva, enquanto ato do poder político do Estado. Uma dimensão axiológica, enquanto pauta de valores. Uma dimensão estrutural, enquanto projeção das estruturas econômicas, sociais e culturais da coletividade na gênese, no conteúdo e na eficácia constitucionais e ainda enquanto atuação da Constituição sobre essas estruturas.¹⁰⁶

Como a legitimidade ganha crescente relevo em sistemas constitucionais que recorrem a sistemas normativos ou de valores externos ao jurídico (como, por exemplo, nos princípios materiais estruturantes ou nas regras impositivas no domínio dos direitos fundamentais) e a efetividade avulta em sistemas constitucionais não escritos e tem conhecido aceitação indiscutível nos restantes, na sua versão moderada e formulação negativa – não causa admiração que se continue a mencionar as vertentes ideológica e política da justiça constitucional. E que Häberle tenha, pelo menos desde 1980, acentuado – ainda que de forma exagerada – a justiça constitucional como força política e elemento determinante de toda uma cultura cívica.¹⁰⁷

É certo que sempre se poderá dizer, na esteira de Luhman, que é o próprio procedimento constitucional que alimenta a legitimidade do órgão que o desenvolve. E, nessa medida, estaríamos perante uma realidade política.

Mas essa verificação, que vale para todos os órgãos de soberania em termos de legitimação de exercício, conhece a fronteira da legitimidade de título constitucional, como regra nas Democracias dos nossos dias. Daí que órgãos incumbidos pela Constituição não sejam dotados de competências virtualmente expansivas, em contraste com as dos demais órgãos nomeadamente de soberania,

¹⁰⁶ Sousa, Marcelo Rebelo de. “Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais”, In. Vários autores, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 215.

¹⁰⁷ Vide Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. Emilio Mikunda, Madrid: Ed. Tecnos, 2000, 161 p.

antes conhecem limites impostos pela lógica do sistema de governo existente e em que se inserem, o que implica uma alargamento da visão clássica de sistema de governo, nele incluindo, além da Administração Pública, os Tribunais.

3.1. Democracia e o princípio da maioria

A defesa de um Estado Democrático pretende, essencialmente, frustrar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. Maurice Duverger, ao analisar a complexidade da conceituação da Democracia, traz “a definição mais simples e mais realista de Democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”.¹⁰⁸

O princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, para garantir o respeito à soberania popular.

O princípio da maioria, ao seu turno, não tem hoje o mesmo sentido que nos primórdios da era constitucional. Ele sofreu importantes modificações quanto ao seu alcance e funções constitucionais.

O fato é que dois séculos de desenvolvimento constitucional trouxeram consigo alterações profundas quanto ao papel e relevância da Constituição, quanto ao funcionamento do Estado e, em particular, quanto aos preceitos da função legislativa e das relações parlamento-executivo, e finalmente quanto à estruturação da sociedade e do Estado e das relações entre si. Nenhum desses fenômenos pode deixar de repercutir no significado e relevância constitucional do princípio da maioria.

É obvio que toda a Constituição se traduz, por definição, numa limitação do princípio da maioria, na medida em que ela regula a organização e o modo de exercício do poder político, além dos seus limites. Logo, quanto mais Constituição maior limitação e o espaço constitucional não tem cessado de se ampliar.

De fato, no princípio a Constituição ocupava-se fundamentalmente de duas coisas: por um lado, era o regulador da formação dos órgãos do poder e das suas competências e relações recíprocas; nos Estados Federais procedia também à definição das relações entre a federação e os estados-membros. Por outro lado, continha a carta dos direitos e garantias individuais. Mesmo essa segunda

¹⁰⁸ Duverger, Maurice. *Os partidos políticos*, Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 589.

componente muitas vezes escasseava ou estava de todo ausente. A Constituição norte-americana, na sua versão originária, era uma lei quase exclusivamente organizatória, desprovida da enunciação e garantia de direitos fundamentais, que todavia foram logo consagrados na primeira revisão constitucional (1798), nos primeiros dez *amendments*. O mesmo se passou com a generalidade das muitas constituições francesas, incluindo a da III República, a de maior longevidade. A própria constituição da V República só garante os direitos fundamentais por efeito da remissão preambular para textos anteriores, nomeadamente a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 e o preâmbulo da Constituição da IV República (1946). Em todo caso, a garantia dos direitos fundamentais é hoje um traço comum à generalidade das constituições e se tornou uma idéia inerente à própria definição de Constituição.

Entretanto, desde a Constituição de Weimar (1919) que a constituição deixou de conter apenas essas duas componentes, passando a integrar também os princípios fundamentais de ordem econômica, social e cultural. E se nos tempos mais recentes se gerou um movimento de retração quanto aos excessos de constitucionalização da ordem econômica e social, a verdade é que muitas constituições desse século contêm uma regulação constitucional mais ou menos densa dessas matérias. O âmbito dos próprios direitos fundamentais não deixou de se alargar para além dos clássicos direitos do homem e do cidadão, de matriz individual e liberal, concretizando-se em novas categorias de direitos políticos, de direitos dos trabalhadores, de direitos sociais de caráter positivo, de direitos essencialmente coletivos, como o direito ao ambiente e ao patrimônio cultural. A própria densidade da regulação constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições, num movimento de progressiva constitucionalização e jurisdicionalização do processo político. Ora, com o alargamento do espaço constitucional, restringe-se correspondentemente o âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e intensidade da sua vinculação constitucional cresce; a sua autonomia diminui correspondentemente.

Dessa forma, alterou-se o próprio entendimento da lei, além do uso da vontade da maioria como fonte da lei. Na concepção clássica a lei era produto da “vontade geral” corporificada na representação parlamentar composta por deputados livres de

qualquer mandato imperativo ou outra dependência; e o executivo estava subordinado à lei como vontade heterônoma.

Essa compreensão hoje está longe de dar conta das realidades do Estado moderno. Em geral, a lei não é senão a vontade do partido ou coligação majoritária; o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o conteúdo das leis. Isso porque o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos.

O próprio conceito de lei como expressão da vontade da maioria parlamentar foi sendo sujeito a crescente erosão, principalmente através de dois mecanismos: primeiro o requisito constitucional de participação de órgãos e entidades estranhas ao parlamento no processo de formação das leis parlamentares, o que sempre se traduz num condicionamento procedimental da expressão da vontade parlamentar; segundo a exigência constitucional de maiorias qualificadas para a aprovação de certas leis, o que em certo sentido acaba por se traduzir na concessão de um direito de veto à minoria parlamentar.

Simultaneamente e por efeito disso os postulados clássicos da separação de poderes entre o legislativo e o executivo também deixaram de ter correspondência na realidade. Especialmente nos países de sistema parlamentar com partido ou coligação majoritária, a idéia de separação de poderes entre legislativo e executivo e de subordinação deste àquele não fazem hoje grande sentido. A separação hoje relevante é a que se estabelece entre maioria governamental e a oposição, e a questão constitucionalmente mais importante deixou de ser a supremacia do legislativo sobre o executivo para representar garantias da oposição face ao poder existente no governo e no parlamento.

Outro fator importante para se compreender a nova concepção do princípio da maioria é a mudança da concepção clássica do Estado como uma realidade monolítica e homogênea (salvo o caso dos Estados Federais). Hoje é outra a realidade e o correspondente entendimento do Estado moderno. Por um lado, à centralização sucedeu-se a descentralização política e administrativa, a afirmação das autonomias municipal e regional, com posições constitucionalmente garantidas. Por conseguinte, a vontade da maioria a nível nacional passou a ter como limites os direitos e interesses constitucionalmente protegidos das regiões e municípios; a

legislação regional e os regulamentos das coletividades locais vêm o seu espaço constitucionalmente assegurado em relação à lei do Estado. De outro lado, nos países pluri-étnicos e plurilinguísticos ganharam também proteção constitucional à defesa das correspondentes minorias. Tudo isso se traduz numa correspondente limitação dos poderes da maioria.

Por sua vez, toda a sociedade se estruturou não apenas em organizações de interesse de natureza econômica ou profissional, mas também em grupos mais ou menos formais orientados para promoção de seus valores, desde os movimentos feministas aos movimentos dos sexualmente heterodoxos, passando pelos movimentos ecologistas. Deu-se um processo simultâneo de complexização e de articulação do Estado e da sociedade: em Estado policêntrico, uma sociedade plural.

Um último fator de implicações profundas quanto ao lugar constitucional do Estado nos nossos dias, quanto aos poderes da maioria e quanto ao sentido e alcance da própria Constituição é o que tem relação com a modificação da inserção internacional do Estado, tanto pela densificação do direito internacional geral como pela crescente rede de convenções e organizações internacionais, algumas baseadas na integração e na partilha de poderes soberanos – como sucede com a Comunidade Européia – e dotadas de um “poder legislativo” como vocação de supremacia sobre as leis nacionais. A concomitante despromoção do Estado nacional arrasta consigo uma nova limitação da autodeterminação legislativa dos Estados e logo um novo condicionamento do princípio da maioria no contexto intraestadual.

3.2. Proteção de minorias políticas

O governo democrático, já dizia Kelsen, é um governo de proteção das minorias¹⁰⁹. A justiça constitucional enquadra-se nas “regras do jogo democrático” se poderem ter acesso a ela as minorias políticas, religiosas e culturais mediante a introdução de um processo de fiscalização.

Ressalte-se que, entre os três poderes, apenas o Judiciário admite que um simples cidadão provoque a interpretação constitucional, diretamente no sistema difuso de constitucionalidade das leis e, no sistema concentrado, de forma indireta (já que se tornou extremamente simples um cidadão provocar um dos entes do extenso

rol do art. 103, sobretudo partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional).

Como o objeto do nosso trabalho cinge-se à legitimação do resultado da interpretação do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade das leis, devemos interpretar o citado dispositivo constitucional de forma a garantir a maior participação das minorias nesse processo judicial.

Nesse sentido, andou bem o Supremo Tribunal Federal em admitir o Governador do Distrito Federal como ente legitimado à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, entendimento hoje mais do que consagrado inclusive em nível de legislação ordinária (Lei nº 9.868/99, art. 2º, V).

De fato, provocado a se manifestar sobre o fato de o constituinte não ter elencado o Governador do Distrito Federal nem a Câmara Legislativa Distrital no rol do art. 103 da Lei Maior, o Pretório Excelso interpretou não ter havido um “silêncio eloqüente”, que obstaria à extensão do direito de propositura aos órgãos do Distrito Federal, e sim uma “lacuna de formulação” (um engano involuntário) do legislador constituinte.¹¹⁰

Interessante notar, nesse caso, que o Supremo Tribunal Federal agiu, ao contrário do que preconiza, como verdadeiro legislador positivo, pois supriu uma omissão constitucional com a interpretação extensiva do disposto no art. 103, IV e V, da Constituição.

Igual sorte, infelizmente, não ocorreu em relação à admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade em relação a alguns sujeitos elencados no artigo 103 da Constituição, pois a jurisprudência pretoriana exige a demonstração, como condição de procedibilidade, da pertinência temática, ou seja, a relação de pertinência entre o objeto da ação (ato normativo federal ou estadual impugnado) e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical e, no caso do Governador e da Assembléia Legislativa, devem eles demonstrar a relevância ou qual a relação de pertinência da pretensão formulada para o Estado, isto é, o Supremo Tribunal Federal só vai conhecer da ação direta de inconstitucionalidade proposta por

¹⁰⁹ Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Anuário Jurídico I, 1974, p. 492.

¹¹⁰ Adin nº 645, DJ de 21/02/92.

estes autores se a lei argüida de inconstitucional vir a afetar de alguma forma, causar algum prejuízo ou embaraço aos interesses do Estado que representam.

A propósito dessa exigência criada pelo Supremo Tribunal Federal, vale registrar a opinião do eminente constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes: “Cuida-se de verdadeira *restrição* ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir –, que *não decorre dos expressos termos da Constituição* e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas”¹¹¹.

3.3. Fundamento democrático da jurisdição constitucional

De qualquer forma, algumas justificações recentes da jurisdição constitucional baseiam-se precisamente no princípio democrático, numa interpretação que não o restringe ao princípio majoritário, mas é mais exigente, seguindo sobretudo a inspiração de Kant. Isso é válido para John Hart Ely¹¹² e Ronald Dworkin¹¹³.

Ely continua a adotar como ponto de partida a teoria tradicional da jurisdição constitucional como uma restrição à democracia, mas pensa que os direitos de participação política, e também os direitos e liberdades que são seus instrumentais, tais como a liberdade de expressão e de associação política e o direito à não discriminação, derivam do princípio democrático, porque condicionam a eficácia desse princípio. A jurisdição constitucional que os defende e protege, assim, as minorias contra a lei da maioria (já desmistificada no item acima), não lesa, mas antes reforça, o próprio princípio democrático. Do contrário, no que respeita aos valores mais substanciais do processo democrático, a função dos juízes constitucionais seria limitada pelo respeito da vontade da maioria. As minorias só têm o direito de exílio para uma comunidade mais apropriada aos seus interesses, o que, nos Estados Unidos, pode-se reduzir a um direito de viajar de um estado para outro (“*right to travel from state to state*”), reconhecido pelo Supremo Tribunal, mas que, noutros países,

¹¹¹Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142.

¹¹²Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980.

¹¹³Dworkin, Ronald. “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review*, 28, 1990, ps. 324-346.

poderia ser apenas um direito de emigração, de que já falava a doutrina da tolerância e, nomeadamente, Rousseau¹¹⁴.

Por conseqüência lógica da teoria de Ely, a maior parte dos direitos do homem – não somente o direito à vida, questões como a da pena de morte, da eutanásia ou do aborto, mas toda a matéria das garantias do direito e do processo penal, da tortura e dos tratamentos desumanos, por exemplo – ficaria de fora do âmbito da legitimação democrática da jurisdição constitucional.

A teoria de Dworkin¹¹⁵ é muito mais ambiciosa. Dworkin opõe uma concepção estatística da democracia (ou melhor, uma concepção da democracia numérico-estatística), baseada no princípio majoritário, onde a ação coletiva é uma simples função da ação individual, a uma concepção comunitária, onde a ação coletiva é atribuída à comunidade, que tem autonomia frente aos indivíduos, enquanto unidade ética de responsabilidade. Essa concepção da democracia e da ação coletiva democrática – Dworkin evoca aqui a vontade geral de Rousseau – não pressupõe uma unidade monolítica de pensamento – ficção usada pelas ditaduras – mas uma unidade que se integra com os juízos éticos dos indivíduos que partilham os ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Só existe, pois, democracia desde que se respeitem os princípios da participação de cada um no processo da decisão coletiva, da consideração igual do interesse de cada um, da independência do juízo da consciência individual. Adotando uma concepção de democracia comunitária integrativa, Dworkin chega a derivar do princípio democrático o conjunto dos direitos do homem.

Ao princípio majoritário, que é base da concepção estatística da democracia, Dworkin opõe que só é conveniente para matérias sensíveis à escolha – isto é, as questões de política – o que exclui do seu domínio toda a matéria dos direitos e liberdades – isto é, as questões de princípio. Se Dworkin pressupunha que o princípio majoritário é constitutivo da democracia, recusa-lhe um papel importante na determinação dos direitos do homem. Essa determinação é feita pela melhor filosofia política que pode integrar-se de maneira coerente no conjunto do direito: e essa é a tarefa dos juízes constitucionais.

¹¹⁴ Citado por Ely, *op. cit.*, p. 179.

¹¹⁵ Dworkin, Ronald. “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review*, 28, 1990, ps. 324-346.

Defendemos um ponto de vista com alcance semelhante à teoria de Dworkin, na medida em que também entendemos que deve derivar o conjunto dos direitos do homem e a justificação da jurisdição constitucional da própria idéia de democracia. Mas achamos que se deve dar um lugar central ao princípio majoritário e, em geral, enfatizar a importância do processo para a determinação da democracia.

O princípio da separação de poderes não pode sustentar um Poder Judiciário como contra-poder que contrabalança o Legislativo. O princípio democrático seria negado se existisse um poder que não fosse constituído e exercido pelo povo, mesmo que esse exercício consistisse apenas na intervenção indireta dos eleitos pelo povo na designação dos titulares do poder. Isso vale também para a designação dos juizes constitucionais. Eles também recebem a sua legitimação democrática do sufrágio universal, embora indiretamente, através da intervenção dos diretamente eleitos no processo de designação dos juizes. O sufrágio universal está, portanto, na origem de toda a decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão. De outro modo, todas as decisões do povo ou dos órgãos designados pelo povo seriam democráticas, independentemente do conteúdo. O caráter democrático de uma decisão depende, por um lado, da sua adoção direta ou indireta pela maioria, mas depende também da sua conformidade com as próprias razões do princípio democrático, com a democracia como sistema de princípios. E é isso que nos leva aos direitos do homem.

Todos os direitos do homem derivam de igual dignidade dos homens, ou seja, do seu valor igual como pessoas livres, autônomas, que têm o poder de se dar a sua própria lei, e cujos fins pessoais são os fins últimos de todo o direito. O princípio democrático é o princípio da organização racional da sociedade nessa base.

A constituição democrática positiva realiza na história de uma determinada sociedade o princípio democrático. Ela só é democrática na medida em que o resultado da decisão da maioria do povo e as suas normas se podem justificar racionalmente a partir do princípio democrático. Estabelece um processo para desenvolver no futuro a racionalidade possível que caracteriza a democracia.

A jurisdição constitucional e a decisão da maioria são dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um dos quais tem a sua própria racionalidade.

É preciso distinguir aqui duas espécies de matérias. Dworkin chama-lhes matérias sensíveis à escolha (ou à preferência) (“*choice-sensitive*”, “*preference-*

sensitive”) de um lado e matérias insensíveis à opção (ou à preferência) (“*choice-insensitive*”, “*preference-insensitive*”) de outro¹¹⁶. Anteriormente, Dworkin opunha, nesse mesmo sentido, as questões de política às questões de princípio. Matérias sensíveis à escolha são aquelas cuja solução correta depende essencialmente da distribuição das preferências entre o povo. Se se gastam os fundos públicos na saúde ou em auto-estradas é uma questão tipicamente sensível à escolha. Se devemos abolir a pena de morte, ou proibir a discriminação contra as mulheres no emprego, são questões cuja resposta correta não depende do número daqueles que a sustentam. O número de sufrágios é uma boa razão para a decisão no primeiro caso, mas é irrelevante para a correção da decisão no segundo. Cremos que essa distinção é fundamental e já foi ponderada por Aristóteles ao distinguir, no interior do direito do Estado, o direito natural e o direito convencional¹¹⁷. O direito por natureza possui, em qualquer lugar, o mesmo valor e não depende, em nada, do fato de a opinião pública lhe acordar ou recusar esse valor. O direito por convenção pode, à partida, ser feito indiferentemente desta ou daquela maneira, mas deixa de poder sê-lo logo que é convencionalizado ou positivado que se deve agir de determinada maneira.

Dessa forma, defendemos que um dos argumentos de reforço à jurisdição constitucional apóia-se na seguinte premissa: os juízes constitucionais são mais qualificados para resolver questões de princípio, ou insensíveis à escolha, enquanto que os parlamentos e os governos são mais qualificados para escolher.

Resta averiguar se a distinção entre matérias sensíveis e outras insensíveis à escolha se deve fazer segundo o objeto das normas apreciadas pelo Tribunal Constitucional ou antes segundo as características estruturais dessas normas. Será que no campo do direito à vida, ou mesmo dos direitos do homem em geral, ou da definição do Estado de Direito, ou do desenvolvimento do princípio da culpa (que abrange a parte geral do direito penal) ou do princípio da igualdade, ou do princípio da autonomia privada (que abrange o regime geral dos negócios jurídicos), a Constituição acolhe sistemas racionais de ordenação da vida, capítulos inteiros de uma ética racional, subtraídos, por natureza, à discricionariedade legislativa, e de que forma um órgão como o Tribunal Constitucional reúne melhores condições de

¹¹⁶ Vide Dworkin, Ronald. *Uma Questão de Princípio*, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, 593 p.

¹¹⁷ *Ética Nicomachea*, V, 7, 1134b18-1135a4.

averiguação da “verdade” das relações jurídicas, isto é, da justiça, do que a Assembléia Legislativa? Ou será que isso é estrutura da norma constitucional, independentemente do objeto dessa norma, que implica uma margem maior ou menor da discricionariedade do legislador subordinado à Constituição, margem que é mínima quando a Constituição impõe uma regra de comportamento, intermediária quando estabelece princípios, máxima quando consagra políticas – para utilizar também aqui uma distinção de Dworkin?

A análise da jurisprudência constitucional em alguns daqueles campos objetivos sugere que é a estrutura da norma constitucional em questão que determina a maior ou menor sensibilidade da matéria, isto é, do campo de aplicação da norma, à escolha do legislador.

Significa dizer, portanto, que não é o objeto da norma, mas a sua estrutura como regra de comportamento, como princípio ou como política, que determina a margem de escolha do legislador infraconstitucional.

3.4. Hermenêutica jurídica como concretização

A ordem jurídica não se determina em um direito supra-histórico, desprendido da existência e atividade humanas. Estabelece-se como ordem histórica pela atividade humana.¹¹⁸ Por tal motivo, a hermenêutica jurídica não pode ser deduzida ao mundo da uniformidade do que é simplesmente dado e, por conseqüência, é, principalmente, na tarefa do Poder Judiciário, que se “(...) pode particularmente exigir o trazer à luz e o realizar em decisões representações de valores, que são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não, ou apenas incompletamente, chegaram à expressão nos textos das leis escritas em um ato de reconhecimento valorizador (...).”¹¹⁹

Ademais, na realização da tarefa da hermenêutica jurídica, devem ser atendidos os princípios constitucionais, especialmente o princípio do Estado Democrático de Direito, porque deste decorrem preceitos jurídicos como o da certeza

¹¹⁸ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20., neubearbeitete Auflage, traduzido pelo Dr. Luís Afonso Heck, ps. 29 e segs.

¹¹⁹ BverfGE 9, 338 (349). In: Heck, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 210.

jurídica e justiça no caso concreto¹²⁰, dos quais, decorre, por sua vez, o encargo dos tribunais, que consiste, por uma parte, em encontrar o resultado constitucionalmente *exato* em um procedimento racional e controlável, como também em fundamentar esse resultado racional e controlável da interpretação e, desse modo, criar a certeza jurídica e previsibilidade e, por outra parte, em recuperar a própria formação da norma.

Por uma parte, resultado constitucionalmente “exato” não significa, todavia, resultado obtido pela noção de precisão e certeza metódica tal qual é concebida a tarefa hermenêutica por um positivismo jurídico acríptico e inconseqüente, que conduz à insegurança jurídica, na medida em que propaga uma metodologia cartesiana nas regras de interpretação tradicionais, pela quais o intérprete procura averiguar o sentido dado pela *mens legis* ou pela *mens legislatoris*, ao recorrer ao texto da lei.

De outro lado, observar na realização da tarefa hermenêutica o princípio do Estado Democrático de Direito não quer dizer tomar distância da realidade, porque Estado e sociedade não podem mais ser concebidos segundo uma compreensão tradicional, que parte da distinção entre ambos, deixando não discutidas as questões essenciais da problemática. Por isso, é necessária colaboração organizada, procedimentalmente ordenada, que deve conduzir à formação da unidade política, na qual deverão ser cumpridas tarefas estatais, tornando, por conseguinte, a

ordem jurídica necessária e, precisamente, não uma discricional, senão uma ordem determinada, que garante o resultado da colaboração formadora e o cumprimento das tarefas estatais e que exclui um abuso das faculdades de poder confiados ou respeitados por causa daquele cumprimento de tarefas – em que tal garantia e asseguramento é, não só uma questão de normatização, mas, sobretudo, também da atualização da ordem jurídica.¹²¹

Diante disso, o tratamento a respeito da tarefa hermenêutica, dentro dos limites desse trabalho, tem sentido na medida em que seguimos a orientação de que é a “Constituição a ordem fundamental jurídica da sociedade”¹²², que “determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 176.

¹²¹ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20., neubearbeitete Auflage, traduzido pelo Dr. Luís Afonso Heck, p. 35.

¹²² *Idem, ibidem*, p. 37.

estatais devem ser exercidas”¹²³ e, desse modo, ela em tudo “é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.”¹²⁴

Conseqüentemente, ela própria deve ser compreendida e interpretada no sentido de uma unidade e por ordenar vida histórica, deve ficar aberta no tempo, porquanto precisa ficar imperfeita e incompleta, sujeita a alterações sociais. Contudo, isso não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente, pois, justo por as bases da ordem da coletividade não poderem ficar abertas, que ela constitui órgãos aos quais fundamenta competências e cria, com isso, na dimensão do respectivo encargo, poder estatal jurídico.

Em vista disso, a tarefa hermenêutica é decisiva, especialmente por ser da abertura e amplitude da Constituição que surgem com maior freqüência problemas de interpretação do que em outros âmbitos jurídicos, cujas normalizações entram mais no detalhe.

Pela tarefa hermenêutica pode ser mantido o caráter de integração das normas e se realiza a concretização das normas constitucionais, especialmente porque elas somente ganham um conteúdo básico ou princípio fundamental por uma das decisões jurisdicionais. Não obstante isso, junto ao conteúdo de concretização deve ser considerada a questão dos elementos da concretização, que segundo o grau de intensidade do emprego permitem um reforma normativo-racional da concretização e tem servido de base para a elaboração de duas orientações hermenêutico-concretizadoras, a de Konrad Hesse e a de Friedrich Müller.

O ponto de partida de Hesse para a hermenêutica concretizadora está no conceito de “Bildung” (formação), do qual se desprende o conceito de interpretação como concretização no sentido de uma averiguação do conteúdo da norma e, respectivamente, da vontade normativa, porque o conteúdo da norma e o resultado da concretização hermenêutica não depende só da atividade jurisdicional e/ou da administração em geral, como também do êxito da formação da unidade política. De fato, a unidade política terá mais êxito quanto mais o Estado encontrar aprovação e apoio da sociedade, já que Estado não pode mais ser concebido conforme uma

¹²³ *Idem, ibidem.*

¹²⁴ *Idem, ibidem.*

compreensão tradicional. A fim que não se estabeleça uma confusão de uma nova concepção sobre Estado e sociedade e essa concepção tradicional, relevante o conceito de unidade política em relação à atividade dos poderes estatais.

Entretanto, o Estado só é convertido em realidade quando é compreendido como uma unidade a ser formada e conservada, que continua a ser formado e conservado pela atuação dos poderes constituídos sobre essa base.

Por tal motivo, a normatividade da Constituição ou o conteúdo da norma tem de ser desenvolvido a partir da pré-compreensão do intérprete e do problema a ser resolvido. Um entendimento prévio do conteúdo da norma é necessário à sua concretização. Só nesse sentido ele é incluído na interpretação, embora a atividade interpretativa tenha de permanecer vinculada à norma. Daí concluímos que o conteúdo das normas constitucionais não é realizável só na forma de um texto lingüístico, uma vez que elas estão relacionadas com as particularidades das condições de vida concretas.

Os critérios de exatidão do resultado da interpretação estão, de fato, na própria tradição, ou seja, são as experiências históricas que demonstram o que não é exato e, “por causa disso, não deve ser considerado como direito, em conexão com isso, princípios de direito que se formaram na experiência jurídica das gerações e por elas foram confirmados, assim como os ideais da geração vivente para a configuração do presente e a do futuro.”¹²⁵ Em razão disso, na concretização do conteúdo de uma norma constitucional e na sua realização têm de ser incluído como condição de possibilidade desse procedimento o emprego das condições da realidade, que as normas constitucionais estão determinadas a ordenar. De fato, tanto menos realidade está contida nas normas quanto mais geral, incompleto e indeterminado é formulado o texto das normas. Ademais, se o conteúdo dessas normas não é passado à conduta humana, as suas exigências permanecem letra morta.

Em realidade, “as particularidades muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o “âmbito da norma” que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição do mundo social é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o “programa da norma”, como parte integrante do tipo

¹²⁵ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20., neubearbeitete Auflage, traduzido pelo Dr. Luís Afonso Heck, p. 36.

normativo.”¹²⁶ Além disso, “como essas particularidades, e com elas o “âmbito da norma”, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o “programa da norma”) fique idêntico.”¹²⁷, justamente porque a atividade realizadora da norma constitucional não pode passar por cima dessas particularidades se ela não quer desacertrar a situação problemática cujo vencimento é importante para a Constituição.

Em vista disso, o direito só se desenvolve e se realiza, quando é realizado com base na ordem vivida, formativa e configuradora da realidade histórica, tornando-se capaz de cumprir sua função na vida da coletividade. Por isso, no desempenho da tarefa hermenêutica realizadora da norma constitucional não é possível passar por cima das condições da realidade e das suas particularidades, para que não passe por cima da própria situação hermenêutica, pois é isso, exatamente, que ocorre, quando “ao conteúdo da norma, comprovado deste modo, sem atenção ao problema concreto colocado para a decisão, deve então ser subsumido o fato da vida a ser regulado no caminho da conclusão silogística e, deste modo ser encontrada a decisão.”¹²⁸

3.5. Interpretação conforme a Constituição

A interpretação de normas constitucionais não pode ser limitada à assimilação de algo determinado, sendo necessário, portanto, um procedimento de concretização que a elas seja correspondente. Pela via da concretização, Konrad Hesse segue junto, no substancial, o procedimento da orientação do problema tópico, pelo qual, por uma parte, a orientação é dada, estritamente, pelo problema, pela coordenação e valorização dos pontos de vista tópicos dos elementos de concretização que cabe aos princípios de interpretação constitucional, que são: (a) o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual “a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que

¹²⁶ *Idem, ibidem*, ps. 50 e 51.

¹²⁷ Hesse, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20., neubearbeitete Auflage, traduzido pelo Dr. Luís Afonso Heck, p. 51.

¹²⁸ *Idem, ibidem*, p. 56.

as contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.”¹²⁹; (b) o princípio da concordância prática, conforme o qual, “bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões (*sic*) não deve, em “ponderação de valor abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima.”¹³⁰ Fundamental para a produção da concordância prática de ambos os bens jurídicos é, pois, o princípio da proporcionalidade, necessário para a efetividade da maior grandeza variável a fim de alcançar essa tarefa de otimização.¹³¹; (c) o critério da exatidão funcional, conforme o qual o órgão interpretador não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover (ou modificar) a distribuição das funções estatais; uma vez ordenada pela Constituição a respectiva tarefa e colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, deve, o órgão interpretador, portanto, manter tal exatidão funcional; (d) o princípio da valorização da relevância dos pontos de vista elaborados, ou, o princípio de efeito integrador, que “significa a necessidade de, na resolução de problemas jurídico-constitucionais”¹³² ser dada “a preferência àqueles pontos de vista que produzem efeito criador e conservador da unidade”¹³³ da Constituição; (e) o critério da força normativa da Constituição, que se refere à capacidade da Constituição de produzir efeito determinante e regulador da realidade da vida histórica. A força normativa da Constituição é condicionada, por um lado, pela possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição, que depende das próprias condições históricas da atualização da Constituição, já que a vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e, de todo, manter a validade real da Constituição assim criada.¹³⁴ É “(...) requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado

¹²⁹ *Idem, ibidem*, p. 67.

¹³⁰ Hesse, [nota 127], p. 67.

¹³¹ Demonstraremos, no capítulo final, como a aplicação do princípio da proporcionalidade fundamenta a ponderação de interesses na declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas.

¹³² Hesse, [nota 127], p. 68.

¹³³ *Idem, ibidem*.

¹³⁴ Hesse, [nota 127], p. 48.

espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo.”¹³⁵ Como ordem fundamental jurídica que carece de atualização na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, em razão das possibilidades e condições históricas mutáveis, é preciso, portanto, ser dada preferência aos pontos de vista que sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima¹³⁶, que não pode ser aplicada com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Força normativa da Constituição se realiza, em suma, portanto, quando se faz presente na consciência geral dos princípios responsáveis pela ordem constitucional (quando da distribuição das tarefas e funções estatais), que se manifesta por meio não só da *Wille zur Macht* (vontade para o poder), porém, por uma *Wille zur Verfassung* (vontade para a Constituição)¹³⁷.

Princípios da interpretação constitucional não são princípios normativos no sentido de que obrigam ao fenômeno da interpretação. Na interpretação são considerados, como princípios, no sentido do procedimento tópico, por uma questão de similitude ao servirem à seleção e à valoração de argumentos, porém, não no sentido da realização de uma flexibilização do sistema aparentemente firme logicamente, da Ciência Jurídica, porque não se trata, no Direito Constitucional, de ser interpretar os conceitos normativos – que têm necessidade de serem axiologicamente completos – de forma a colmatar lacunas por ausência de regulamentação legal suficiente e, por fim, de fornecer os pontos de vista por uma heterointegração que se faz pela equidade, como no âmbito do direito privado, uma vez que o emprego da tópica não pode, no Direito Constitucional, prover, igualmente, de *lege ferenda*, as funções de política constitucional¹³⁸, como é feito no direito privado, porque é o próprio Direito Constitucional, por meio do seu objeto, que legitima e limita a ordem jurídica da coletividade. O emprego do procedimento tópico, no sentido de uma colaboração à coordenação, entre, por uma parte, o sistema axiomático-dedutivo e, por outra, o sistema aberto, como um dualismo ou como síntese de duas estruturas ou como interpretação dos métodos de trabalho, não é

¹³⁵ Hesse, [nota 127], p. 20.

¹³⁶ Hesse, [nota 127], p. 68.

¹³⁷ Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 23.

¹³⁸ Müller, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*, trad. Olivier Jouanjan, Paris: Presses Universitaires de France, 1996, 93.

decisivo para a tarefa hermenêutica de concretização, nem o detalhe da estrutura da norma e da normatividade do processo de decisão no Direito Constitucional¹³⁹.

A Constituição escrita constitui o limite à interpretação constitucional, no sentido de uma obrigatoriedade rigorosa, já que o emprego do primado tópico do problema deve apresentar por contraponto ao primado dos problemas a preferência dos textos. No âmbito da concretização das normas isso significa que a interpretação está vinculada a algo estabelecido, embora os resultados obtidos na tarefa hermenêutica de concretização das normas constitucionais não alcancem uma exatidão absoluta, pois só dentro do possível seus resultados são sólidos, racionalmente fundamentáveis e controláveis¹⁴⁰. Porém, dentro dos limites do possível que podem se tornar razoáveis e convincentes, e, sendo, por isso, até certo grau, previsíveis, pelos quais, alguma coisa ganha, precisamente, não só uma parte de honradez jurídica, mas também certeza jurídica (limitada) ao invés de uma pretensão de exatidão absoluta que não se deixa demonstrar¹⁴¹. Essa vinculação à Constituição escrita, na verdade, é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição, porque por uma parte, inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação e, por outra parte, exclui um rompimento constitucional por interpretação ao proibir o intérprete de passar por cima da Constituição e, por conseqüência, da própria ordem fundamental jurídica da coletividade.

Ora, a questão essencial sobre a legitimidade da Justiça constitucional exige uma interpretação que compatibilize a representação popular, enquanto direito da maioria, com a defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, que entre outros, podem ser destacados o de justiça, equilíbrio de interesses, resultados satisfatório, razoabilidade e segurança jurídica.¹⁴²

Há, portanto, necessidade de se direcionarem todas as regras hermenêuticas para ser garantida a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o

¹³⁹ *Idem, ibidem*, p. 68.

¹⁴⁰ Hesse, [nota 127], p. 68.

¹⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 70.

ordenamento jurídico, como produto da soma dos “fatores reais do poder”¹⁴³ que regem uma nação e como força normativa que ordena e conforma a realidade política e social¹⁴⁴.

Dessa forma, as previsões constitucionais, em especial os direitos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos sem coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, devendo suas previsões servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do poder público, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais poderemos almejar a conquista da verdadeira democracia.

¹⁴² Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 11.

¹⁴³ Lassalle, Ferdinand. *A essência da constituição*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Líber Júris, 1995, p. 37.

¹⁴⁴ Hesse, Konrad. *A força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 24.

4. FORMAS DE LEGITIMAÇÃO DO RESULTADO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

4.1. Eficácia das decisões judiciais no controle abstrato de normas; 4.2. A posição contrária aos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade; 4.3. Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no Direito Comparado. 4.4. Os temperamentos do dogma da nulidade da lei inconstitucional antes da Lei nº 9.868/99; 4.5. A inconstitucionalidade superveniente; 4.6. Os efeitos temporais na Lei nº 9.868/99; 4.7. A declaração de inconstitucionalidade e o efeito repristinatório.

O passeio pela temática deste capítulo final remete-nos ao tratamento dado à questão da hermenêutica jurídica, vista sob o ângulo das ciências sociais, antes denominadas “ciências do espírito”¹⁴⁵, intermediada pela interpretação do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas. A idéia de direito que assumimos corresponde especificamente ao que está na lei, na doutrina e na jurisprudência, e que compõe a chamada dogmática jurídica, sem desprezar os costumes¹⁴⁶. Reconhecemos o direito como área humana e social, mas também consideramos os limites que nos são impostos pela dogmática, pois todo exercício de “compreensão”, que a hermenêutica jurídica requer, encontrar-se-á referido a um campo conceitual próprio ditado pela razão, e que delimita a dogmática.

Partimos, também, da premissa da identidade entre a hermenêutica jurídica e a constitucional, ressaltando, logicamente, o fato de que a Lei Maior orienta a

¹⁴⁵ Essa denominação é trazida primeiramente por Wilhelm Dilthey, para designar as características próprias das ciências culturais a serem consideradas pela hermenêutica. São ciências que repousam sobre a experiência vivida, que deve antes ser *compreendida* do que meramente explicada. A história, a arte e o direito, por exemplo, são manifestações que expressam o espírito dos seus autores. “We understand them by grasping this spirit. Such understanding involves our lived experience of our culture.” Cf. *The Oxford Companion to Philosophy*, p. 201.

¹⁴⁶ Caberia lembrar aqui a idéia de “direito pressuposto” desenvolvido por Eros Roberto Grau em *O direito posto e o direito pressuposto*, 1996: “O legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este

interpretação de todas as normas jurídicas e é pressuposto de validade de qualquer norma em um dado ordenamento jurídico.

Duas questões se apresentam como molas propulsoras desse estudo e, que, de certa forma, podem constar como premissas. A primeira consiste na insuficiência da hermenêutica jurídica tradicional, ainda em voga nos nossos cursos de direito; a outra, a desconfiança que pesa sobre o direito, em geral visto como produto do arbítrio dos juízes. Não se trata de estabelecer um estatuto de cientificidade para o direito, muito porque a discussão não enfrenta diretamente a complexa questão da interdisciplinariedade, mas ao menos trazê-lo para um campo de aceitação, legitimidade e controle.

O objeto de estudo da hermenêutica jurídica tradicional consiste nas chamadas “técnicas de interpretação das leis”. Com o objeto certo, a hermenêutica jurídica costuma ser apresentada como *ciência*, mais especificamente como a *parte da ciência do direito que tem por objeto as técnicas de interpretação*. É essa, por exemplo, a inteligência de Carlos Maximiliano, autor brasileiro, cuja obra intitulada *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, escrita em 1924, continua a ser reeditada como uma das mais significativas sobre o tema. Ensina o autor:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. (...) Para (aplicar o direito) se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar...¹⁴⁷

Esse viés cientificista pretendeu durante muito tempo estabelecer critérios de interpretação que conferissem objetividade à interpretação das leis e, por conseguinte, à tarefa jurisdicional. Na realidade, o que ocorre é que a utilização dessas técnicas não alcança o seu objetivo. Primeiro porque não existe entre elas nenhuma hierarquia e, assim, o seu comando torna-se fluido. Segundo, porque tal orientação ignora a dimensão criadora do intérprete, que volta sua atenção antes para a resolução de determinado problema do que para a lei em si, analisada como hipótese virtual, e com conteúdo próprio, previamente determinado.

mesmo direito transforma sua (dele) própria base (...) O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base.” p. 44.

¹⁴⁷ Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 1.

A maioria dos livros didáticos sobre Introdução ao Estudo do Direito aponta para as técnicas gramatical, lógico-sistemática, histórico-evolutiva, axiológica ou teleológica, com variações de nomenclatura, para indicar os procedimentos apropriados à atividade jurisdicional, que compromete tanto o juiz quanto os advogados e demais órgãos públicos chamados a se manifestar na lide. Ora, essas técnicas, que remontam à Savigny, com exceção da teleológica, nem por ele eram vistas como forma de se chegar a uma conclusão objetiva e previsível sobre o significado da lei. Savigny limitou-se apenas a indicar os elementos constitutivos da norma, passíveis de serem considerados numa interpretação. São, na realidade, elementos que informam e orientam a lei sem, contudo, sobrepor-se ao comando do problema, ou seja, à dimensão prática e concreta do caso.

A idéia de método afigura-se como preocupação da ciência moderna em proporcionar resultados logicamente determinados de acordo com cada área de investigação. Mas, com relação ao direito, o intento científico enfrentou objeções, dada a sua carga valorativa, centralizada principalmente na questão da justiça, que nunca alcançou o *status* de cientificidade. A situação se complica também pela solução jurídica, baseada nos valores da ordem e da segurança sociais.

Um dos arautos da hermenêutica jurídica tradicional é o professor italiano Francesco Ferrara, que escreve, em 1921, no seu *Tratatto de Diritto Civile Italiano* sobre “Interpretação e Aplicação das Leis” – capítulos III, IV e V. São dele as seguintes palavras:

O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação típica imposta pelo legislador na regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulado na sentença. O juiz é a viva vox iuris.

O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito.

(...)

Decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e equidade, e de aplicar leis más. Tal é, porém, o seu dever de ofício. Na reforma das leis, na produção do direito novo pensam outros órgãos do Estado: ele não tem competência para isso. Só com essa condição se pode alcançar aquela objetiva segurança jurídica que o bem mais alto da vida moderna, bem que

deve preferir-se a uma hipotética proteção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do caráter, ou das paixões do indivíduo. Esta é a força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas esta é também a sua fraqueza, a qual nós devemos pagar, se queremos obter a inestimável vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito.¹⁴⁸

Da leitura percebe-se que com relação à interpretação, em linhas gerais, o que prevalece atualmente, segundo a doutrina tradicional, é a “vontade objetiva da lei”. A vontade subjetiva, de quem lhe deu origem, ainda que um corpo colegiado, cede lugar à vontade objetiva, que deve ser traduzida no momento de sua aplicação, quando ela é chamada a produzir efeitos. Com a evolução do pensamento filosófico, a idéia de prestigiar a razão contida na lei ganha cada vez mais força, ainda que se houvesse tentado, num primeiro momento, transferir a vontade do legislador, vista como a única legítima, para uma outra época. Não obstante, a propriedade desse novo modo de pensar, o que se verifica, ainda, é a distância ou o desligamento entre a vontade da lei e o caso concreto no trabalho do intérprete.¹⁴⁹ Pelo menos, é o que afirma a doutrina. Paulo Dourado de Gusmão, por exemplo, inicia o capítulo do seu livro dedicado à hermenêutica jurídica, com a seguinte frase: “A interpretação visa a descobrir o sentido objetivo do texto jurídico”¹⁵⁰, independentemente, portanto, do caso *sub judice*.

A idéia é que o intérprete busque desvelar os valores protegidos no texto que traduz o comando legal, exploradas todas as suas possibilidades gramaticais, bem como o que constaria das suas entrelinhas, de forma a conhecê-los antes mesmo de aplicar a lei ao caso concreto. A hermenêutica atua, assim, muito mais no campo virtual do código e da doutrina, do que no campo do real. Segue-se daí do mecanismo da subsunção, em que o fato subsume-se à lei, extraíndo-se a sentença por meio de uma operação lógica, da seguinte maneira: quem matar estará sujeito à pena de detenção de 6 a 20 anos; fulano matou: logo, fulano será condenado a x anos de detenção. Ocorre que o direito lida diretamente com o elemento humano, que não é

¹⁴⁸ Ferrara, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, p. 111 e 174. No mesmo sentido escreve Gusmão, Paulo Dourado de: “definimos direito como a realização da segurança com o mínimo sacrifício da Justiça.” Cf. *Introdução ao estudo do direito*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997, p. 215.

¹⁴⁹ No âmbito do direito constitucional, Friedrich Müller, Konrad Hesse e Gomes Canotilho apontam para uma hermenêutica concretizadora, que requer do intérprete maior compromisso com a realidade social.

¹⁵⁰ Gusmão, Paulo Dourado de. *Introdução do estudo do direito*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995, p. 233.

homogêneo, e sob circunstâncias históricas e culturais diferenciadas. Ainda que se trate muitas vezes de uma questão aparentemente simples, como a que acabamos de apontar, em que o direito à vida é incontestável e que a matéria de fato comprove a ocorrência do crime, os fatores pessoais, circunstanciais e históricos têm de ser sopesados pelo juiz de forma a atribuir para o réu uma pena “justa”.¹⁵¹

Daqui depreendemos que a atividade jurisdicional não é automática e, portanto, nunca poderá ser substituída pela máquina. O juiz, como elemento humano dotado de razão e sensibilidade, é capaz de ponderar e decidir, sem que com isso lhe atribuamos arbitrariedade. A discricionariedade atribuída ao juiz pode, muitas vezes, produzir dúvidas, mas para isso é exigida não apenas a fundamentação de suas decisões, como também prevalece a regra do duplo grau de jurisdição; ambas capazes de oferecer alguma espécie de controle. Dessa forma, discursos inconsistentes e eventuais acidentes provocados por juízes de boa fé podem ser revistos pelos tribunais superiores. Afinal, fazem parte do direito a ponderação e a dialética na interpretação das leis, constando, portanto, como insuficiente para uma decisão pretensamente correta a simples aplicação de técnicas determinadas. Não existe técnica jurídica capaz de garantir, por si só, que o juiz julgará *bem*.¹⁵²

Pretendemos, então, demonstrar neste capítulo final que a compreensão que o direito requer poderá ser levada a cabo e se apresentar concretamente, com o recurso técnico da fundamentação do processo decisório em direção a uma solução jurídica nem certa nem errada, mas razoável. Em lugar de procurarmos técnicas capazes de garantir a certeza e a objetividade científica para o direito, como forma de evitar a arbitrariedade produtora de todos os males, propomos uma outra via de análise, de natureza metodológica, que pretende indagar antes sobre a racionalidade

¹⁵¹ Vale lembrar, ainda que superficialmente, a idéia da “justiça corretiva” apresentada por Aristóteles, no livro V, da *Ética a Nicômacos*, baseada na proporção aritmética possível de estabelecer um “meio termo” entre perda e ganho.

¹⁵² *Bem*, aqui, no sentido de uma solução razoável; se não justa, próxima do que poderia ser acreditado como justo. Aristóteles vincula a idéia de *bem* à idéia de *excelência*. Segundo ele, “o bem para o homem vem a ser o exercício ativo das faculdades da alma em conformidade com a excelência” (*Ética a Nicômacos*, 1098a, p. 24). Nesse caso, julgar bem significa julgar acertadamente, “pois *bem* e *acertadamente* são a mesma coisa” (*Ética a Nicômacos*, 1143b, p. 121). A *excelência* torna, então, a coisa acertada. Citando ainda Aristóteles, temos que: “Chamados de julgamento (isto é, a faculdade graças à qual dizemos que uma pessoa julga compreensivamente) a percepção acertada do que é equitativo. Uma prova disto é o fato de dizermos que uma pessoa equitativa é, mais que todas as outras, um juiz compreensivo acerca de certos fatos. E julgamento compreensivo é o julgamento no qual está presente a percepção do que é equitativo, e de maneira acertada; e julgar acertadamente é julgar segundo a verdade.” (*Ética a Nicômacos*, 1143b, p. 123).

que preside o direito, e ver até onde é possível prever soluções com alto grau de certeza.

O pensamento jurídico moderno, ou as várias correntes filosóficas que pensaram e escreveram sobre o direito no século XIX, detiveram suas preocupações em torno dos valores que servem de essência ao próprio direito. Seriam eles basicamente a justiça, a certeza e a segurança. Entendemos que toda condição ética e moral concentra-se no âmbito da justiça, assim como a ordem se refere à certeza e à segurança. É repassarmos a história do mundo moderno para percebemos que, mesmo antes do problema da “justiça”, aparece a necessidade da “segurança”.¹⁵³ Se é essa a modernidade que agora se questiona, é sobre ela que nossas atenções devem recair, tomando-a como paradigma de análise.

É o momento em que o cartesianismo se impõe. Característico disso é a teoria do contrato social, criado pela razão e que irá fundamentar a ordem social, criado pela razão e que irá fundamentar a ordem social dos iluministas. A figura almejada de um legislador racional, criador de uma nova ordem, a despeito dos costumes e da tradição existentes, encontram fundamento nos escritos de Descartes:

Não há tanta perfeição nas obras compostas de várias peças, e feitas pelas mãos de vários mestres, como naquelas em que apenas um trabalhou. (...) E assim pensei que as ciências dos livros, pelo menos aquelas cujas razões são apenas prováveis, e que não têm nenhuma demonstração, sendo compostas e aumentadas pouco a pouco pelas opiniões de muitas pessoas diferentes, não se aproximam tanto da verdade quanto os simples raciocínios que um homem de bom senso pode fazer naturalmente sobre as coisas que se lhe apresentam.¹⁵⁴

Os teóricos do racionalismo, que trataram da exclusão do elemento religioso do poder estatal, deslocando o eixo da origem do poder que antes se situava na esfera divina, para a razão ou para a natureza humana, clamavam, antes de mais nada, pela necessidade da certeza e da segurança nas relações sociais. Thomas

¹⁵³ A segurança e a ordem são os valores típicos do mundo moderno. Com eles tivemos a criação do Estado de Direito cujo intuito foi o de estabelecer previsões e evitar o arbítrio. A tônica do pensamento científico-cartesiano está dada pela segurança que a verdade pode trazer. A respeito, diz Descartes: “Eu tinha sempre um imenso desejo de aprender a distinguir o verdadeiro do falso, para ver claro em minhas ações, e caminhar com segurança nesta vida”. *Discurso do método*, p. 15.

¹⁵⁴ *Discurso do método*, ps. 15 e 17.

Hobbes¹⁵⁵ centraliza no Soberano todas as expectativas de segurança para a sociedade inglesa do século XVII. Convoca um tipo de Soberano até então desconhecido na tradição medieval: o Soberano absoluto composto pelas pessoas, seus corpos e mentes, como delegados inerente de suas vontades. John Locke¹⁵⁶ cria um soberano coletivo: o poder legislativo, composto pela delegação temporária das vontades dos homens, que mantêm o poder originário. Por outro lado, Locke vê como fundamental e imprescindível a existência de um poder executivo composto por magistrados capazes de aplicar imparcialmente as leis soberanas ditadas pelo legislativo. Rousseau¹⁵⁷ enaltece a figura do cidadão, detentor originário do poder soberano, como o único capaz de conduzir legitimamente a vida pública. Imagina uma ordem estatal em que o indivíduo e Estado se identificam numa mesma e única estrutura de poder.

Mas foi com Locke que a teoria do Estado liberal melhor se estruturou, seguido de mais de perto por Montesquieu¹⁵⁸ e os *Founding Fathers*¹⁵⁹ americanos. O Estado Moderno iguala-se à ordem configurada pelo ordenamento jurídico positivo e, com isso, a segurança e a certeza poderiam ser encontradas nas leis legitimamente criadas pelos representantes do povo e garantias pelo Estado mediante a ação do Poder Judiciário. Leis que obrigam tanto governantes como governados. A lei passa a ser vista como mecanismo de controle das ações do governo, à medida que inibe o abuso do poder, e como regra que garante a igualdade entre os homens. Encontra-se, afinal, uma fórmula para conter os desmandos dos governantes, enquanto a cidadania se afirma.

Ao nível da vida privada, marcada pelas relações entre particulares, a presença de um poder estatal capaz de manter a ordem através da mediação na composição dos conflitos, também aparece como necessária. Mais do que uma questão de justiça, que não é de todo ausente, haja vista o requisito da imparcialidade para o terceiro mediador, impõe-se, antes, a manutenção da ordem fundada na

¹⁵⁵ Hobbes, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e Poder de um Estado Eclesiásticos e Civil*, trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 21.

¹⁵⁶ Locke, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 12.

¹⁵⁷ Rousseau, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 33.

¹⁵⁸ Montesquieu. *Do Espírito das Leis*, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 15.

¹⁵⁹ Hamilton, Madison e Jay. *O Federalista*. Brasília: UnB, 1984.

liberdade individual.¹⁶⁰ Mas para tanto, de nada adiantaria um corpo de leis criativo e bem elaborado, sem mecanismos capazes de garantir-lhes execução.¹⁶¹ A norma justa era aquela feita pelo povo, ainda que por meio de representantes eleitos, e que cabia ser aplicada sem intermediações. Ao Poder Judiciário competiria simplesmente uma ação eficaz, capaz de concretizar a nova ordem tal como fora estabelecida. A teoria da separação dos poderes, bem como a igualdade garantida pela aplicação regular da lei vêm, dessa maneira, garantir a estrutura formal e os ideais do Estado de Direito.

Na pós-modernidade, contudo, esse referencial de ordem e segurança garantidos pelo formalismo abre espaço para o valor da justiça, garantido não mais pela ação formal de cunho abstrato, mas pela razoabilidade referente à decisão de cada caso concreto. É quando as relações intersubjetivas e dialéticas, capazes de viabilizar o consenso e a legitimidade das decisões jurídicas, fazem com que se recupere a antiga retórica clássica e lhe confira objetivos novos.

“A vida do direito não tem sido feita de lógica, mas de experiência”, dizia o grande jurista americano Oliver Wendell Holmes. Corrigindo-o, poderíamos afirmar que a vida do Direito é também feita de lógica, mas não de uma lógica cartesiana, seca, axiomático-dedutiva, própria das ciências exatas,¹⁶² mas sim daquilo que Recaséns Siches chamou de “lógica do razoável”.

Sob o ponto de vista da lógica formal, a teoria esboçada por Marshall em *Marbury vs. Madison*, a respeito da nulidade da norma inconstitucional, está plenamente correta. Prova disso é que ela tem resistido bravamente ao tempo, e se propagado por praticamente todos os países em que existe o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Porém, nem a melhor das teorias supera os fatos, em sua riqueza e complexidade. Assim, se é certo que o jurista não deve abdicar da segurança conferida pela adesão aos postulados da lógica formal, mais certo ainda é que ele

¹⁶⁰ A respeito da predominância do interesse individual, vale conferir a obra de Macpherson – *A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke*, trad. de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

¹⁶¹ T. H. Marshall demonstra como fundamental para a sedimentação da cidadania no séc. XVIII, a proteção dos direitos individuais mediante a ação vigorosa do Poder Judiciário.

¹⁶² Mesmo no campo das ciências exatas, o mito da neutralidade do intérprete foi desmentido, com a descoberta do princípio da incerteza, na Física quântica, por Heisenberg. Segundo este princípio, a simples observação do fenômeno subatômico influi na sua posição, o que torna patente que a incerteza e a indeterminação não são apenas contingências humanas, mas impregnam a própria natureza.

não pode fechar os olhos às exigências e desafios postos à cada dia pelo mundo que o cerca. Afinal, o Direito existe para servir à sociedade, e não contrário.

Uma Constituição dirigente e compromissória como a Carta de 1988, regendo uma produção legislativa anárquica e inflacionada como a brasileira, suscita, naturalmente, problemas de alta complexidade no controle de constitucionalidade. O equacionamento satisfatório destes problemas nem sempre se compadece com o dogma da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade. É preciso, por isso, flexibilizar esse dogma, reconhecendo a faculdade do Judiciário de temperá-lo, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem.

4.1. A eficácia das decisões judiciais no controle abstrato de normas

Pertence à tradição do Direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional.¹⁶³ Embora não haja na Constituição de 1988 nenhum dispositivo atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões proferidas no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, a doutrina e jurisprudência pátrias sempre reconheceram, com raras vozes discrepantes, o caráter declaratório e retroativo das referidas decisões, nele vislumbrando um verdadeiro princípio constitucional implícito.¹⁶⁴ Desde o magistério precursor de Rui Barbosa, é corrente a idéia de que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula”.¹⁶⁵ Portanto, no Brasil, a decisão de inconstitucionalidade não se limita a desconstituir a norma contrária à constituição, mas pronuncia a sua invalidade ab initio.

Nesse ponto, o Direito pátrio filiou-se à doutrina norte-americana da *judicial review*, firmada desde o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803.¹⁶⁶ Na referida decisão, o Juiz Marshall cunhou o postulado da nulidade da lei inconstitucional, em termos que até hoje ecoam no mundo jurídico:

¹⁶³ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 249.

¹⁶⁴ Alves, José Carlos Moreira. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*, in Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Garantias do cidadão na justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 10.

¹⁶⁵ Barbosa, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Rio de Janeiro: Cia. Imprensa, 1893, p. 47.

¹⁶⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

A Constituição é a lei suprema e a lei que a contraia é nula. Tal teoria está essencialmente ligada a uma Constituição escrita e, conseqüentemente, deve ser considerada por esta Corte como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. Não deve, por isso, ser perdida de vista na ulterior consideração deste assunto. Se uma lei do Congresso, contrária a Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais, devem estes dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante, como se lei fosse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido na teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir.¹⁶⁷

Do ponto de vista lógico, as conclusões de Marshall parecem inatacáveis. Se a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma fosse dotada apenas de efeitos desconstitutivos, gozando de eficácia *ex nunc*, isso importaria no reconhecimento da validade dos efeitos da lei inconstitucional, produzidos até o advento da decisão. Tal sistemática se afiguraria contrária ao postulado da supremacia da Lei Maior, pois permitiria que, durante certo período, uma norma infraconstitucional se sobrepusesse à Constituição, desacatando impunemente os seus mandamentos.

Porém, na prática, a aplicação indiscriminada do dogma da nulidade das leis inconstitucionais suscita questões de difícil equacionamento. Com efeito, a eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro “caos” jurídico ou de injustiça flagrante, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional.

Tal problema se agrava, tendo em vista a imprescritibilidade do vício da ilegitimidade constitucional. Nada obsta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica só seja reconhecida muitos anos depois da sua edição, após consolidação de um sem-número de relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Nestes casos, a supressão retroativa da lei contrária à Constituição pode acarretar tremendas injustiças, lesionando outros interesses e valores também tutelados pela ordem constitucional.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Rodrigues, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, p. 37.

¹⁶⁸ Clève, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, RT, 1995, p. 16

Nesse contexto, foi editada, em 10 de novembro de 1999, a Lei nº 9.868, regulando o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Dentre as diversas inovações introduzidas pela referida lei, destaca-se a norma inscrita em seu artigo 27, que cuidou expressamente da eficácia temporal das decisões proferidas nas aludidas ações, estabelecendo:

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 do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A mesma orientação foi perfilhada pelo legislador federal na edição da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que disciplinou a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e contemplou, no seu artigo 10, preceito de idêntico teor.

Sem embargo, essa flexibilização do dogma da retroatividade das decisões no controle de constitucionalidade tem suscitado acesa polêmica na doutrina. Autores de nomeada, como o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁶⁹ vêm sustentando que, após as referidas inovações legislativas, “não é mais rígida a Constituição brasileira” e “o Supremo Tribunal Federal se torna uma terceira Câmara Legislativa”, porque pode estipular os efeitos das suas decisões no controle de constitucionalidade a partir de considerações eminentemente políticas. A própria constitucionalidade desta orientação legislativa foi impugnada através das Adin’s ns. 2231-8 e 2258-0, ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aguardando julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o objetivo do presente capítulo é discorrer sobre os efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade das leis, analisando a validade das inovações acima mencionadas, e o seu impacto no sistema brasileiro de jurisdição constitucional como forma de galgar maior legitimidade ao resultado da interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas.

¹⁶⁹ Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. RDA 220: 1/17, 2000.

4.2. A posição contrária aos efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade

Um segmento francamente minoritário da doutrina sustenta a natureza constitutivo-negativa da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei, atribuindo-lhe efeitos não retroativos. Tal posicionamento decorre sobretudo da influência dos ensinamentos de Hans Kelsen, que, ao tratar das leis inconstitucionais, averbou:

Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei inconstitucional não há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.¹⁷⁰

O Mestre da Escola de Viena, como se sabe, foi o grande idealizador do controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade das normas. Para Kelsen, o controle da compatibilidade das leis com a Constituição deveria ser exercido por um órgão único, que não teria funções propriamente jurisdicionais, pois não decidiria lides concretas. Tal órgão seria antes uma espécie de “legislador negativo”, já que teria por atribuição retirar do sistema as normas editadas em desconformidade com os parâmetros formais e substantivos plasmados na Constituição, tendo as suas decisões eficácia *ex nunc*.¹⁷¹ Para Kelsen, portanto, a lei inconstitucional não é nula, mas meramente anulável, razão pela qual a decisão que reconhece o vício, possui, em princípio, caráter desconstitutivo e não declaratório.

As lições de Hans Kelsen sobre o controle de constitucionalidade exerceram profunda influência no continente europeu, sobretudo na Áustria, onde a sua concepção foi incorporada na Constituição de 1920 e aperfeiçoada com a reforma de 1929.

Todavia, no Brasil, o posicionamento kelseniano encontrou modesta acolhida, pelo fato de que, historicamente, o controle de constitucionalidade no país se

¹⁷⁰ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 300.

desenvolveu sob os influxos da *judicial review* norte-americana. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, por exemplo, é uma das poucas autoras modernas que se filia à orientação do professor austríaco, ao lecionar que “a norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação da sua inconstitucionalidade”.¹⁷² Antes dela, Pontes de Miranda também se manifestara no sentido da natureza constitutiva das decisões proferidas no controle de constitucionalidade.¹⁷³

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Leitão de Abreu, preocupado sobretudo com a segurança jurídica, defendeu a natureza constitutiva-negativa das decisões de inconstitucionalidade. Em seu célebre voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 79.343-BA, registrou o então ministro:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos seus destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade.

Contudo, o argumento não sensibilizou o Pretório Excelso, que manteve sua orientação tradicional, no sentido da nulidade absoluta e *ipso jure* das leis inconstitucionais.¹⁷⁴

4.3. Os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no Direito Comparado

A grande maioria dos países que adotou o controle jurisdicional de constitucionalidade optou, no que tange aos efeitos temporais da decisão, pelo modelo norte-americano, onde a decretação da inconstitucionalidade produz efeitos retroativos.

¹⁷¹ Enterría, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madri: Civitas, 1994.

¹⁷² Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo: RT, 1992, p. 181.

¹⁷³ Miranda, F. C. Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. III, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 615-626.

A principal exceção a esta regra permanece sendo a Áustria, onde a influência marcante da obra de Hans Kelsen ainda é muito sentida. Na Áustria, o controle de constitucionalidade é sempre concentrado, exercido por um Tribunal Constitucional, podendo ser abstrato (através de ações diretas) ou concreto (através de recurso constitucional, ou da apreciação de questão constitucional suscitada em processos judiciais pelos tribunais de 2º grau de jurisdição). No primeiro caso, as decisões possuem eficácia *ex nunc*. No segundo, os efeitos da invalidação da norma são retroativos para as partes do processo, mas a eficácia da decisão, para terceiros, é também *ex nunc*. Além disso, a Constituição austríaca permite, em seu art. 140.5, que o Tribunal Constitucional manipule os efeitos temporais das suas decisões no controle de constitucionalidade, retardando, por até 18 meses, a anulação do ato normativo.¹⁷⁵

Já em Portugal, adotou-se o princípio da nulidade da norma inconstitucional. A Constituição portuguesa prevê, em seu art. 282.1, que “a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”. Todavia, esta Constituição, em seu art. 282, n. 4, autoriza o Tribunal Constitucional a restringir os efeitos retroativos da decisão (que, no limite, poderá vir a produzir efeitos apenas no futuro), quando o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo.

Trata-se, como ressaltou Jorge Miranda, de um mecanismo criado para adequar os efeitos da inconstitucionalidade “... às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade.”¹⁷⁶

Na Espanha, também se considera nula *ab initio* a norma inconstitucional, nos termos do art. 40.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. No entanto, foram

¹⁷⁴ Vide, por exemplo, *RTJ 87/758, RTJ 95/993, RTJ 97/1369, RTJ 101/503*.

¹⁷⁵ Sobre o sistema austríaco, vide Ermacora, Félix. *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: cour constitutionnelle Autrichienne*. In: Favoreau, Louis (Org.). *Cour Constitutionnelle Européens et Droits Fondamentaux*. Economica, Paris, 1981, p. 187-200; Moraes, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, p. 115-135.

expressamente ressalvados desta retroatividade, os efeitos decorrentes de decisões judiciais anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 116.1."a", da Lei Fundamental espanhola,¹⁷⁷ salvo no caso das sentenças penais ou que imponham sanções administrativas, quando as conseqüências da retroatividade favorecerem o condenado.

Sem embargo, o Tribunal Constitucional espanhol, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, vem estendendo esta exceção a outros casos, salvaguardando também da retroatividade os atos administrativos firmes, desprovidos de caráter sancionador, bem como os atos processuais praticados com base em lei inconstitucional, desde que não violem direitos fundamentais.¹⁷⁸ Além disso, houve caso em que a jurisprudência constitucional espanhola declarou a inconstitucionalidade de uma lei que dispunha sobre o imposto de renda, atribuindo à decisão apenas efeitos prospectivos, sob o duvidoso argumento de os recursos públicos obtidos já teriam sido gastos pelo Estado.¹⁷⁹

Na Alemanha, vigora igualmente o princípio da nulidade da norma inconstitucional, o que empresta caráter retroativo às decisões proferidas no controle de constitucionalidade. Embora tal princípio não tenha sido expressamente enunciado na Constituição alemã, a doutrina dominante o deduz como corolário do postulado da supremacia da Constituição.¹⁸⁰ Porém, há no Direito Constitucional alemão a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, sem pronúncia de nulidade, que está prevista no § 31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional. Dita decisão reconhece a ilegitimidade constitucional da norma, mas deixa de declará-la nula, gerando para o legislador o dever jurídico de empreender as medidas necessárias para suprimir o estado de inconstitucionalidade.¹⁸¹

¹⁷⁶ Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, t. 1, 2 e 4, p. 389-390.

¹⁷⁷ Enterría, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madri: Civitas, 1994, p. 141; Clève, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: RT, 1995, p. 165.

¹⁷⁸ Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179.

¹⁷⁹ Enterría, Eduardo Garcia de. *Justicia constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. RDP, 92:05-16, P. 14.

¹⁸⁰ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 190.

¹⁸¹ Idem, p. 204.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ainda suscita grandes polêmicas entre os doutrinadores germânicos.¹⁸² Ela é utilizada sobretudo no caso de normas que atribuem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia,¹⁸³ de omissões inconstitucionais parciais,¹⁸⁴ e naqueles onde a supressão da norma inconstitucional geraria uma situação de caos normativo. Ademais, em casos extremos, a jurisprudência alemã admite até a aplicação da norma inconstitucional, após o reconhecimento jurisdicional do seu vício, até que a nova regra seja editada pelo legislador. Isso se dá, segundo Gilmar Ferreira Mendes, naqueles casos em que “motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.”¹⁸⁵

Outra técnica semelhante à da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que também é freqüentemente empregada na Corte Constitucional tedesca, consiste na decisão de apelo ao legislador. Trata-se, neste caso, de decisão em que o Tribunal reconhece a constitucionalidade da norma, mas alerta para o fato de que, em razão de mudanças das relações fáticas ou jurídicas, ela se encontra em processo de inconstitucionalidade. A norma em questão ainda é constitucional, mas está se encaminhando para deixar de sê-lo. Nesta hipótese, declara-se a validade da norma, mas conclama-se o legislador a que proceda a sua correção – às vezes dentro de prazo determinado – para evitar que ela atinja as raias

¹⁸² Ver, a propósito, Schalaich, Klauss. Procédures et techniques de protection des Droits Fondamentaux: tribunal Constitutionnel Allemand. In: *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, Paris: Economica, 1981, p. 141-144.

¹⁸³ Nesta hipótese, a supressão do benefício pode revelar-se iníqua, quando ele não seja, em si mesmo, inconstitucional, e a sua extensão aos injustamente não contemplados acarretar efeitos orçamentários. Trata-se de caso em que o legislador dispõe de várias opções para resolver a situação anti-isonômica. Por isso, o Tribunal limita-se a reconhecer a inconstitucionalidade, atribuindo ao legislador o dever de, dentro do seu espaço de conformação, resolver a questão da inconstitucionalidade, cf. Mendes, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 206-209.

¹⁸⁴ As Constituições dirigentes criam freqüentemente para o legislador o dever de editar normas, para tornar eficazes certos princípios e programas delineados pelo constituinte. Quando o legislador deixa de cumprir, em um prazo razoável, este dever, surge a situação da omissão inconstitucional. Esta omissão pode ser total ou parcial. É total quando o legislador simplesmente não formula norma de espécie alguma, e parcial quando a norma editada não satisfaz, de maneira plena, às exigências sociais. Quando manifesta-se a inconstitucionalidade por omissão parcial, a supressão da norma imperfeita do ordenamento, através da declaração da sua nulidade não corrige a situação de contrariedade à Constituição, mas antes a agrava. Veja-se, a propósito, Piovesan, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, RT, São Paulo, 1995, p. 73-86. Por isso, utiliza a Corte Constitucional alemã, neste caso, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

¹⁸⁵ Mendes, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 220.

da inconstitucionalidade.¹⁸⁶ Note-se, porém, que o apelo ao legislador se diferencia da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, porque no primeiro, ao contrário do que ocorre na segunda, se reconhece, pelo menos provisoriamente, a validade constitucional da norma impugnada.¹⁸⁷

Na Itália, a doutrina e a jurisprudência dominantes também consideram nula ab ovo a lei inconstitucional,¹⁸⁸ muito embora o teor literal do art. 136 da Constituição italiana possa conduzir à interpretação contrária (segundo tal artigo “*la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza*”). Contudo, a retroatividade encontra limites nos efeitos já consumados e consolidados da norma inconstitucional, produzidos antes da decisão.¹⁸⁹ Assim, além da coisa julgada, também os efeitos da prescrição e decadência impõem limites à eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade.¹⁹⁰ Ademais, o Tribunal Constitucional Italiano utiliza-se algumas vezes do expediente de protelar a publicação da decisão da inconstitucionalidade, para dar tempo ao legislador para criar uma nova disciplina jurídica sobre a matéria, evitando perigosos vácuos normativos.¹⁹¹

Nos Estados Unidos da América, como se sabe, o controle de constitucionalidade é difuso, mas o precedente jurisdicional é vinculante (*stare decisis*). Assim, no que tange aos efeitos temporais da decisão, pode-se distinguir entre aqueles relacionados diretamente às partes do processo, e aqueles relativos a terceiros. Para as partes, há sempre retroatividade, já que o caso concreto submetido ao judiciário é, evidentemente, anterior a decisão que o aprecia. Mas, para terceiros, a questão é mais complexa.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 229-230.

¹⁸⁷ O direito italiano também conhece as decisões de “*esortazione al legislatore*”, empregando técnica semelhante à adotada pela Corte Constitucional alemã, conforme relata Cerri, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 99-100.

¹⁸⁸ Cerri, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 100-104; Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 119. Em sentido contrário, registra Virga, Pietro. *Diritto costituzionale*, 9ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 555-557, que na Itália a regra é a da irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade, que comporta três exceções: a decisão retroage para se aplicar ao caso concreto em que tiver sido suscitada, para beneficiar o réu na esfera penal e para atingir relações jurídicas não exauridas. Note-se, porém, que a terceira exceção admitida pelo constitucionalista italiano é tão ampla, que praticamente torna regra geral a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

¹⁸⁹ Cerri, Augusto. *Op. cit.*, p. 102.

¹⁹⁰ Zagreblesky, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*, apud Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 192.

¹⁹¹ Clève, Clèmerson. *Op. cit.*, p. 172; Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1.087.

Desde a origem da *judicial review*, prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é nula, razão pela qual o reconhecimento da sua inconstitucionalidade operaria sempre efeitos retroativos. Porém, a partir de 1965, após o julgamento do caso *Linkletter vs. Walker*,¹⁹² tal orientação começou a ser flexibilizada pela Suprema Corte.

No caso acima referido, o cidadão *Linkletter* havia sido criminalmente condenado com base em provas ilícitas. Depois da sua condenação definitiva, a Suprema Corte, no caso *Mapp v. Ohio*,¹⁹³ passara a estender a vedação do uso de provas ilícitas (*exclusionary rule*) aos Estados. Assim, *Linkletter* pediu à Suprema Corte a revisão da sua condenação, mas esta denegou o pedido, sob o fundamento de que “*the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect*” (A Constituição nem proíbe nem requer efeito retroativo).¹⁹⁴ Segundo tal entendimento, a Suprema Corte poderia ponderar, em face do caso concreto, as vantagens e desvantagens decorrentes da retroatividade dos seus julgados. Aplicando tal critério, entendeu a Suprema Corte que se fosse atribuído efeito retroativo à nova doutrina constitucional sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas, isto acarretaria tremendos prejuízos à administração da Justiça, pois seria necessário revisar e anular uma quantidade enorme de condenações criminosas, sem que fosse possível depois reiniciar os processos penais, em razão do provável desaparecimento de provas vitais.

Posteriormente, em *Stovall v. Denno*,¹⁹⁵ apreciando outra causa penal, a Suprema Corte definiu que a retroatividade ou não da nova orientação jurisprudencial dependeria, essencialmente: (a) dos fundamentos que levaram à mudança da jurisprudência, (b) do grau de confiança das autoridades legais na jurisprudência anterior, e (c) dos efeitos na administração da justiça da aplicação retroativa da nova jurisprudência.¹⁹⁶

Em 1971, no julgamento de *Chevron Oil co. v. Huson*¹⁹⁷ a Corte Suprema, em famoso voto da Juíza O’Connor, estabeleceu critérios para limitações à retroatividade das orientações firmadas em ações cíveis. A retroatividade deveria ser restringida (a)

¹⁹² 381 U.S. 618, 629 (1965).

¹⁹³ 367 U.S. 643 (1961).

¹⁹⁴ Tribe, Laurence H. *American constitutional law*, cit., p. 30.

¹⁹⁵ 388 U.S. 293 (1967).

¹⁹⁶ Tribe, Laurence H. *American constitutional law*, cit., p. 30.

se a decisão estabelecesse novos princípios legais; (b) se a aplicação não retroativa não frustrasse a aplicação da regra estabelecida ou (c) se a limitação a retroatividade fosse necessária para evitar uma “substancial injustiça”.

Porém, a Suprema Corte norte-americana, na sua composição atual, caracterizada pelo profundo conservadorismo, não vê com bons olhos a possibilidade da prolação de decisões não retroativas no controle de constitucionalidade das leis. Uma forte reação contra no período da Corte de Warrem, declinou-se na Corte de Rehnquist, a partir de premissas filosóficas que questionavam o ativismo político daquela primeira Corte.

Com efeito, em *Griffith v. Kentucky*¹⁹⁸, a Suprema Corte, sob a presidência do Juiz Rehnquist, já afastara a doutrina da não retroatividade, afirmando que, ao resolver controvérsias constitucionais, os juízes declaram o direito pré-existente e não legislam. A nova orientação sedimentou-se em *Harper v. Virginia Dept. of Taxation*,¹⁹⁹ caso em que se discutia a repetição de indébito de tributo inconstitucional. Em seu voto, o Juiz Scalia, o mais conservador dentre os integrantes da Corte, à época, asseverou:

A técnica das decisões prospectivas é serva do ativismo judicial e inimiga de nascença do *'stare decisis'*. Ela foi formulada no ápice do realismo jurídico e promovida como técnica de criação judicial de normas (*technique of judicial lawmaking*), em geral, e mais especificamente, como um meio para tornar mais fácil a superação de precedentes anteriores... A doutrina verdadeiramente tradicional é a de que a decisão prospectiva é incompatível com o poder judicial, e que as cortes não têm autoridade para aderir à sua prática.²⁰⁰

Portanto, após a admissão, durante certo período, do seu poder de mitigar os efeitos retroativos das decisões no controle de constitucionalidade, a Suprema Corte voltou atrás, insistindo na tese ortodoxa da retroatividade plena dos seus julgados.

Assim, é possível concluir que em diversos países em que existe o controle jurisdicional de constitucionalidade, a Constituição ou a jurisprudência concedem certo poder ao Judiciário para adaptar os efeitos temporais da decisão de

¹⁹⁷ 404 U.S. 97 (1971).

¹⁹⁸ 479 U.S. 314 (1987).

¹⁹⁹ 401 S.E. 2ª ed. 868 (1991).

²⁰⁰ Horwitz, Morton J.. *The constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*. In: Harvard Law Review, 107:32/117, p. 95.

inconstitucionalidade às peculiaridades do caso, evitando fórmulas rígidas e absolutas.

4.4. Os temperamentos ao dogma da nulidade da lei inconstitucional na jurisprudência nacional antes da Lei nº 9.868/99

A Constituição brasileira, ao contrário da portuguesa, não contém nenhum dispositivo que autorize o Judiciário a restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Talvez por isso, o Supremo Tribunal Federal tenha se mantido bastante fiel ao princípio da nulidade das normas inconstitucionais, reafirmando em reiterados julgados.

Contudo, mesmo antes da Lei nº 9.868/99, alguns temperamentos em hipóteses excepcionais, já vinham sendo admitidos. Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 78.533/SP, em 1981, o Supremo Tribunal Federal examinou a validade de penhora realizada por oficial de justiça, cuja nomeação fora feita com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional, e absteve-se de declarar a nulidade do ato, em homenagem à teoria da aparência, para proteção de terceiros de boa-fé.²⁰¹

Outro exemplo relaciona-se ao aumento concedido a servidores públicos (no caso magistrados), com base em lei inconstitucional. Em decisão proferida em 1994, relatada pelo Ministro Francisco Rezek, o Supremo Tribunal Federal entendeu que “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.²⁰²

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal também já reconheceu que um dos limites à aplicação retroativa das decisões de inconstitucionalidade se encontra na necessidade de respeito à coisa julgada, já que a proteção desta também desfruta de hierarquia constitucional (CF, art. 5º, XXXVI). Assim, a declaração de

²⁰¹ RTJ 100/1086 e RTJ 71/570.

²⁰² RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08.04.1994.

inconstitucionalidade de uma norma não tem o condão de desconstituir sentenças transitadas em julgado, baseadas na regra inconstitucional.²⁰³

É claro que, no âmbito cível, se o prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da decisão ainda não tiver escoado, poderá o interessado ajuizar ação rescisória, baseando-se em violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, VI), já que tal fundamento abrange a inconstitucionalidade da norma em que se alicerça a sentença. Porém, a declaração da inconstitucionalidade da lei não tem o condão de, por si só, desconstituir a coisa julgada. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticado sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória...²⁰⁴

Na seara penal, porém, tal limitação não se aplica em desfavor do réu, uma vez que a lei não assinala nenhum prazo fatal para a propositura da revisão criminal. Ademais, em se tratando de inconstitucionalidade de norma penal incriminadora, esta poderá ser reconhecida até de ofício, pelo juiz da pena, ou ainda em sede de *habeas corpus*, já que desnecessária qualquer dilação probatória.

Outra questão interessante está em saber se pode ser pedida a repetição de indébito em razão do pagamento de dívida fundada em lei inconstitucional, após o decurso do respectivo prazo prescricional ou decadencial. Na Itália, é pacífico o entendimento de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não se sobrepõem à prescrição ou decadência, a não ser que também seja declarada a inconstitucionalidade do respectivo prazo.²⁰⁵ Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no campo tributário, tem se encaminhado para a solução oposta, ao considerar que o decurso do prazo quinquenal, estabelecido no art. 168 do Código Tributário Nacional, não é óbice para que o constituinte ajuíze repetição de indébito

²⁰³ Todavia, Gustavo Tepedino, em parecer proferido sobre a matéria, sustenta que o Fisco não pode exigir tributo de contribuinte se a lei que o instituiu teve a sua eficácia suspensa pelo Senado, mesmo se houver decisão judicial transitada em julgado favorável à cobrança da exação. Diz ele que, por um lado, a coisa julgada, como garantia constitucional, visa proteger o cidadão do Estado, logo não poderia ser utilizada como escudo para prática de ato ilícito contra o cidadão. Além disso, defende que o princípio da legalidade tributária impediria a cobrança de um tributo com base em uma lei que deixou de ser eficaz. Vide, a propósito: Dos efeitos retroativos de declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da fazenda pública. In: *Temas de direito civil*, cit., p. 449-457,

²⁰⁴ RMS nº 17.076, Rel. Min. Amaral Santos, *RTJ* 55/744.

de tributo considerado inconstitucional, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, iniciando-se, a partir do julgamento desta, novo prazo de cinco anos.²⁰⁶

Nos processos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, a jurisprudência pátria também se abstém, em princípio, de pronunciar a nulidade de qualquer norma.²⁰⁷ Tratando-se de omissão legislativa total, isto ocorre pelo simples fato de que não há norma alguma a ser suprimida do ordenamento, mas sim uma lacuna normativa contrária à Constituição. E, cuidando-se de omissão parcial, porque, no mais das vezes, da eliminação da norma imperfeita agravaria a situação de inconstitucionalidade, ao invés de resolvê-la.²⁰⁸

É por isso que a técnica da declaração de inconstitucionalidade com pronúncia da nulidade não resolve casos de omissão normativa. Veja-se a título de exemplo de omissão parcial, o caso da lei que fixa o salário mínimo em desconformidade com o disposto no art. 7º, IV, da Lei Maior (tal dispositivo prevê que o salário mínimo deve ser fixado por lei, de modo que seja capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, com alimentação, educação, higiene, transporte e previdência social). O reconhecimento da inconstitucionalidade desta norma não pode acarretar a sua supressão do ordenamento, pois isto geraria uma situação ainda mais grave, do ponto de vista constitucional e social, já que deixaria de haver lei disciplinando o valor do salário mínimo. Por outro lado, majoritário o entendimento de que o Judiciário não pode arvorar-se à condição de legislador positivo, fixando

²⁰⁵ Cerri, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 101-102.

²⁰⁶ 1ª Seção, Embargos Divergentes em Recurso Especial nº 44.952-7/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 22.05.1995.

²⁰⁷ A inconstitucionalidade por omissão é tema extremamente tormentoso, cuja análise os limites do presente trabalho não comportam. Assim, pedimos vênias para remeter o leitor à vasta literatura existente a respeito, especialmente Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., p. 325-354; Piovesan, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo: RT, 1995. Mendes, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 285-303.

²⁰⁸ As omissões parciais suscitam problemas complexos, porque, quando elas são reconhecidas pelo Judiciário, este emite, necessariamente, um juízo de censura sobre a norma editada pelo legislador, seja pela sua incompletude – a norma não atende todos os destinatários que deveria, violando o princípio da isonomia – seja pela sua deficiência – a norma não atende aos objetivos delineados na Constituição. Portanto, quando ocorre uma omissão legislativa parcial, a questão pode ser enfrentada sob o prisma da inconstitucionalidade por ação ou por omissão, o que enseja inúmeras perplexidades, como relata Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 292-293, que propõe, para equacionamento desses casos, a adoção, no país, de método de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, existente no direito alemão.

unilateralmente o valor do salário mínimo. Por isso, nesse caso, a aplicação da lei inconstitucional, até que outra advenha para cumprir os ditames constitucionais, se afigura um imperativo reclamado pela própria Constituição.²⁰⁹

²⁰⁹ Esta hipótese foi tratada em parecer da Procuradoria-Geral da República, apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 737/DF.

4.5. A inconstitucionalidade superveniente

Em regra, a inconstitucionalidade apresenta-se como vício genérico do ato normativo, inquinando-o desde a origem. Contudo, é possível que uma norma jurídica seja validamente editada, em conformidade com os parâmetros formais e materiais ditados pela Constituição, mas que se torne inconstitucional posteriormente, por fato ou circunstância superveniente que venha a colhê-la no seu ciclo de existência. Nesses casos, é evidente que os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade não podem retroagir até a edição da norma, para fulminá-la *ab initio*, mas tão-somente até o momento em que o vício de ilegitimidade constitucional se tenha manifestado.

Sob o rótulo da inconstitucionalidade superveniente, é possível destacar duas categorias heterogêneas: (a) a decorrente da não recepção de uma norma infraconstitucional, pela sua incompatibilidade material com nova constituição, ou com reforma constitucional posterior, e (b) a resultante de mudanças substanciais nas relações fáticas subjacentes à norma, ou da interpretação evolutiva da Constituição.

Contudo, é mister salientar que a primeira destas categorias não é admitida pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que trata da não recepção como hipótese de simples revogação. Para o Pretório Excelso, o conflito entre o direito infraconstitucional pretérito e a nova Constituição deve ser equacionado através do critério cronológico de resolução de antinomias, e não pelo critério hierárquico. Com base neste argumento,²¹⁰ a jurisprudência não vinha admitindo Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas em face do direito pré-constitucional, o que gerava um vácuo no controle abstrato de normas, ao nosso ver prejudicial à segurança jurídica, na medida em que a solução de controvérsias relevantes envolvendo a recepção das normas infraconstitucionais ficava desprovida

²¹⁰ A tese, entretanto, mereceu interpretação diversa. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, em 06 de fevereiro de 1992, o Ministro Sepúlveda Pertence defendeu que o conflito entre a Constituição e outras normas envolve sempre questão de inconstitucionalidade, tendo o seu voto sido acompanhado pelos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio. Concordamos, no particular, com o Ministro Néri da Silveira e com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual averba que “há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferentes hierarquias, o postulado *lex superior* afasta outras regras de colisão. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posteriori* pudesse afastar a norma constitucional enquanto *lex generalis* ou *lex prior*.” In: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 166.

de um instrumento definitivo de pacificação de conflitos, dotado de eficácia *erga omnes*.

Todavia, tal discussão perdeu, em grande parte a sua relevância prática, na medida em que a Lei nº 9.882/98, ao disciplinar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição, foi expressa ao possibilitar, no seu art. 1º, I, o controle abstrato de normas anteriores à Constituição, em sintonia, aliás, com as tendências da jurisdição constitucional no direito comparado.²¹¹

É certo que alguns autores, como Alexandre de Moraes,²¹² vêm sustentando a inconstitucionalidade desta previsão, sob o argumento de que ela estenderia, através de lei ordinária, a competência do Supremo Tribunal Federal, matéria sujeita à reserva de norma constitucional. Contudo, a alegação não nos convence, pois o texto constitucional, quando previu a competência do Supremo para processar e julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, não criou qualquer restrição ao controle do direito pré-constitucional, razão pela qual não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade na inovação.

Sem embargo, a doutrina pátria admite, sem maiores discrepâncias, a inconstitucionalidade superveniente quando decorrente da mudança nos pressupostos fáticos da norma legal, ou de interpretação evolutiva da Constituição, em razão de mudanças nos valores e costumes vigentes na sociedade.

Em relação à primeira hipótese citada acima, cumpre frisar que as leis muitas vezes repousam sobre certas premissas fáticas, cuja alteração pode convertê-las em normas inconstitucionais. Enquanto transcorrem estas mudanças no plano fático, ocorre um processo que a doutrina denomina de inconstitucionalização da norma.²¹³ A lei, que nasceu constitucional, vai migrando para a esfera da inconstitucionalidade, até tornar-se írrita. Porém, é muitas vezes difícil estabelecer, sem uma certa dose de arbitrariedade, em que momento o ato normativo atingiu as raias da ilegitimidade constitucional.

²¹¹ Na Alemanha, em Portugal, na Itália e na Espanha é admissível o controle abstrato de constitucionalidade do direito anterior à Constituição. Vide, a propósito, Eduardo Garcia Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madri: Civitas, 1994, p. 83-94.

²¹² Moraes, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 267-268.

²¹³ Vide, a respeito, Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 88-95.

Um caso interessante, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, relacionou-se à constitucionalidade da norma que atribuía ao Ministério Público a legitimidade para promover, no juízo cível, a ação de reparação de dano ex delicto em favor do hipossuficiente. É esclarecedora a ementa do acórdão, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, onde se tratou do problema da inconstitucionalização das normas jurídicas:

(...) 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 do Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência jurídica – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para este fim, só se pode considerar 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 esta condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal será considerado ainda vigente.

É importante destacar que o fenômeno ora apreciado demonstra claramente que, ao contrário do que apregoava a dogmática tradicional, o exame da constitucionalidade de uma norma não se resume à análise lógico-formal da sua compatibilidade com a Lei Maior. Muitas vezes, para aferir a validade de uma lei, torna-se fundamental investigar os pressupostos fáticos em que esta se assenta.

Aliás, na metodologia moderna do direito, está superada a visão que isolava as dimensões fática e normativa do fenômeno jurídico. A norma jurídica, como demonstra Friedrich Müller,²¹⁴ compreende também o campo fático por ela disciplinado. Nesse sentido, é também merecedora de elogios a Lei nº 9.868/99, porque, rompendo com a tradição do direito brasileiro, permitiu, em seu art. 9º, § 1º, a realização de perícia e de outras diligências probatórias visando esclarecer matéria fática, em sede de fiscalização abstrata de normas.

A inconstitucionalidade superveniente pode também eclodir em razão de mudança na exegese da norma constitucional que é parâmetro para aferição da validade de determinada regra legal. Pela especial plasticidade de suas normas e pela tensão dialética que tende a se estabelecer entre elas e o fato social, a Constituição é especialmente vocacionada para a interpretação evolutiva. É nesse

²¹⁴ Müller, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*, trad. Olivier Jouanjan, Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 186-200.

sentido que os norte-americanos falam de uma *living Constitution*, que deve ser constantemente atualizada pelo labor hermenêutico dos operadores do direito, em sintonia com as novas realidades e desafios gerados por uma sociedade em constante evolução. Assim, não é incomum que mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais desencadeiem mutações constitucionais²¹⁵ - alterações no sentido da Constituição que não decorrem de mudança no seu texto.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal nos forneceu um exemplo interessante desse fenômeno, no julgamento proferido no Inquérito nº 687/SP,²¹⁶ que resultou na revogação da Súmula nº 394, segundo a qual “cometido um crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”²¹⁷.

Naquele aresto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o término do mandato parlamentar importava na perda do foro por prerrogativa de função, mas ressaltou que “continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394”. Houve uma mudança na exegese da Constituição, que só operou efeitos futuros, evitando-se que a alteração na interpretação da Lei Maior desencadeasse a anulação, por inconstitucionalidade, de um sem-número de processos, cujo julgamento pautara-se pelo entendimento cristalizado na Súmula 394.

Destarte, a inconstitucionalidade superveniente, pela sua própria natureza, representa uma necessária exceção ao postulado da retroatividade plena da decisão no com controle de constitucionalidade. A decisão só poderá fulminar os efeitos da norma produzidos depois do momento em que tiver se consumado o seu trânsito para a inconstitucionalidade. A dificuldade maior, aqui, estará em delimitar no tempo o momento em que esta mudança ocorreu.

²¹⁵ Sobre as mutações constitucionais, vide Ferras, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*, São Paulo: Max Limonad, 1986.

²¹⁶ O acórdão se encontra transcrito no Informativo STF nº 159, p. 5-9.

²¹⁷ O Congresso Nacional tenta aprovar tema correlato em sede de Emenda Constitucional.

4.6. Os efeitos temporais na Lei nº 9.868/99

Pela primeira vez no direito brasileiro, o tema dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade foi objeto de expressa regulamentação legislativa. A Lei nº 9.868/99 optou pela flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, ao manter a regra geral da eficácia *ex tunc* das decisões de inconstitucionalidade, conferindo ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, através do seu art. 27, o poder de, pelo voto de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou determinar que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado, ou em outro momento que venha a ser fixado.

Poder-se-ia alegar que, no direito brasileiro, a inadmissibilidade da restrição aos efeitos *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade resulta da interpretação histórica da Lei Maior, tendo em vista o fato de que, durante a Assembléia Constituinte, foi derrotada a proposta de introdução de um dispositivo que autorizava a Suprema Corte a restringir a eficácia retroativa dos seus julgados, no controle abstrato de constitucionalidade.²¹⁸ No processo de revisão da Constituição brasileira, encetado em 1994, o tema votou à baila por proposta do Relator da Revisão, o então Deputado Nelson Jobim, só que mais uma vez a iniciativa não vingou.²¹⁹

Porém tal argumento, ao nosso ver, não procede. Na hermenêutica jurídica, o elemento histórico desfruta de papel acessório, pois é pacífica na doutrina moderna a concepção objetivista da interpretação, pela qual o intérprete deve buscar não a vontade histórica do legislador (*mens legislatoris*), mas sim a vontade efetivamente expressa na norma jurídica (*mens legis*). Editada a lei, esta passa a gozar de existência autônoma, rompendo-se o condão umbilical que a unia ao legislador histórico. A partir daí, o sentido da norma pode sofrer alterações, sob o influxo das variações ocorridas na realidade sobre a qual ela incide.

No campo constitucional, este fenômeno é ainda mais intenso, seja pelo uso abundante de conceitos abertos nos textos constitucionais, seja em razão do natural dinamismo do domínio empírico sobre o qual se projeta a Constituição. Por isso, os elementos sistemático, axiológico e teleológico têm um peso muito maior na

²¹⁸ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 255-256.

interpretação da Constituição, e eles apontam, no caso, para a possibilidade de flexibilização do dogma da eficácia *ex tunc* das decisões no controle de constitucionalidade.

Aliás, hipótese semelhante ocorreu com o princípio da razoabilidade administrativa, que não se encontra expresso no texto constitucional, mas cuja vigência em nosso ordenamento a doutrina admite pacificamente. Tal princípio estava previsto no texto aprovado pela Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte, mais foi excluído na redação final da Carta de 1988.²²⁰ Nem por isso a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar tal princípio como inexistente no direito pátrio.

Vencida esta objeção, cumpre salientar que, no nosso entendimento, a inovação introduzida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99 é, em linha geral, digna de aplausos, na medida em que outorgou ao Supremo Tribunal Federal os poderes necessários para que ele tenha como exercer, a contento, a sua missão de guardião da Lei Maior.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua magna função de protetor da Constituição, não pode quedar-se indiferente às conseqüências dos seus julgados. Como averbou Karl Larenz, “ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estatal e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima *fiat justitia, pereat res publica*”.²²¹

De fato, é possível que uma norma legal se revele incompatível com a Constituição, mas que a sua supressão do universo jurídico, sobretudo quando realizada de forma retroativa, cause danos mais lesivos aos interesses e valores abrigados na ordem constitucional, do que a sua manutenção provisória.

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de uma lei que elevasse o salário mínimo, em cumprimento ao disposto no art. 7º, IV, da Lei Maior, mas que fosse inconstitucional, por vício formal. Após algum período de aplicação da lei, ela vem a

²¹⁹ Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 190-191.

²²⁰ Esta questão, conquanto superada pelo consenso quase universal nos países filiados ao sistema romano-germânico, ainda acende calorosos debates nos Estados Unidos da América, onde um segmento conservador da doutrina – os originalistas – sustenta que a interpretação constitucional deve-se cingir-se à busca da vontade histórica do legislador constituinte. Veja-se a propósito, em tom crítico, Walther F. Murphy. James E. Fleming e Sotirios Barber. *American Constitutional Interpretation*, New York: The Foundation Press, 1995, p. 389-393.

ser declarada inconstitucional em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Será razoável, neste caso, exigir-se que todos os trabalhadores que receberam o aumento decorrente da lei inconstitucional o devolvam? Será que esta é a solução que mais prestigia a ordem constitucional vigente?

Em casos desta espécie, parece-nos imperioso que se conceba certa “margem de manobra” ao Judiciário, para que possa buscar, em vista das peculiaridades da situação concreta, uma solução que acomode, na medida do possível, os interesses em disputa, sem ter de sacrificar integralmente algum deles em detrimento do outro. Caso contrário, o Judiciário pode acabar abstendo-se de reconhecer a inconstitucionalidade de certas leis, diante do receio dos efeitos, muitas vezes nefatos, da pronúncia de nulidade delas. Ou, pior ainda, cego às conseqüências dos seus julgados, poderá declarar mecanicamente a inconstitucionalidade de normas, atropelando direitos, valores e interesses de estatura constitucional superior.

Atenta a esta problemática, a Lei nº 9.868/99 perfilhou orientação mais flexível a propósito dos efeitos temporais das decisões no controle abstrato de constitucionalidade, em sintonia, aliás, com as tendências mais atuais do direito comparado.

Por outro lado, a exigência de um *quorum* qualificado de dois terços para a modificação da eficácia temporal da decisão, também se nos afigura positiva, na medida que visa impedir uma possível banalização das decisões prospectivas no controle de constitucionalidade das leis.

Alguns doutrinadores de escol, como Luís Roberto Barroso, manifestaram temor diante de possíveis abusos que poderiam advir da nova faculdade outorgada ao Supremo Tribunal Federal. Receia-se que o Supremo possa se valer dos seus novos poderes pautando-se por uma lógica das “razões de Estado”, para adotar, como regra, a eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* das decisões desfavoráveis ao Erário e benéficas ao cidadão e ao contribuinte.

É nesse sentido que a exigência de um *quorum* qualificado revela-se importante, por minimizar tal risco, que, no entanto, não deve ser negligenciado. Todavia, até agora, o temor não se concretizou.

²²¹ Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 441.

Pela clara dicção do art. 27, o Supremo Tribunal Federal pode agora: (a) emprestar efeitos plenamente retroativos à sua decisão, fulminando *ab ovo* a norma, sendo esta a regra geral; (b) atenuar estes efeitos, estabelecendo um momento, no passado, posterior à edição da lei, a partir do qual a decisão surtirá seus efeitos; (c) conferir eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, validando todos os efeitos já produzidos pela norma afastada até a data da decisão; (d) ou até mesmo conceder eficácia *pro futuro* ao seu julgado, fixando um marco, no futuro, até o qual a lei inconstitucional deverá ser por todos aplicada.

O que nos parece merecedor de críticas foi a amplitude com o que se admitiu a eficácia *pro futuro*, sem estipular qualquer limite temporal. Pela interpretação literal do art. 27, o Supremo estaria autorizado a manter em vigor, por dez ou vinte anos, uma lei inconstitucional, cuja aplicação, até lá, seria obrigatória para todos os juízes e tribunais. Contudo, pensamos que é possível, a partir da interpretação teleológica da norma em questão e do princípio constitucional da razoabilidade, traçar alguns limites para a subsistência, na ordem jurídica, de norma cuja inconstitucionalidade já tenha sido definitivamente reconhecida.

Na verdade, a eficácia *pro futuro* visa impedir que o expurgo da norma inconstitucional gere um “buraco negro” legislativo, que, em certas situações, pode se revelar mais danoso à ordem constitucional do que a manutenção provisória do diploma legal questionado. Como observou Thierry di Manno, com base em extensa doutrina e jurisprudência, foi exatamente o horror aos vazios normativos (horror vacui) que conduziu a que se “forjassem instrumentos decisórios para permitir a conciliação das exigências de eficácia do controle de constitucionalidade e de certeza do direito”.²²²

Assim, ao fixar um momento, no futuro, a partir do qual a norma perderá eficácia, o Supremo Tribunal Federal confere aos órgãos legiferantes competentes a possibilidade de colmatar, em tempo hábil, a lacuna criada pelo exercício do controle de constitucionalidade, impedindo a produção dos efeitos que poderiam ser ofensivos a interesses e valores constitucionalmente amparados. Portanto, e tendo em vista a absoluta excepcionalidade desta modalidade de decisão, não há porque conceder-se prazo superior àquele necessário para que um legislador diligente edite a norma

²²² Manno, Thierry di. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris: Economica, 1997, p. 74.

cabível. Um parâmetro útil pode ser inferido dos prazos para tramitação dos projetos de lei em regime de urgência (CF, art. 64). De qualquer forma, nada justifica que se retarde por mais de seis meses os efeitos da decisão no controle de constitucionalidade.

Por fim, os pressupostos materiais para modulação dos efeitos temporais foram estabelecidos na forma de conceitos jurídicos indeterminados: o legislador referiu-se a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”. O Supremo Tribunal Federal será o juiz da presença desses requisitos, o que não significa dizer que tenha absoluta discricionariedade para concretizá-los. Neste particular, será muito importante a fundamentação do julgado, que deverá buscar o convencimento e a adesão racional de um auditório universal (Perelman), formado tendencialmente por toda “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (Häberle). A crítica pública da comunidade jurídica, dos meios de comunicação, e de toda sociedade em geral, deverá representar um controle, ainda que no sentido “fraco” do termo,²²³ sobre o exercício da nova competência deferida ao Supremo.

Com efeito, a permissão para que a tese defendida pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade, sucedida pelas razões de defesa do ato objeto da ação pela Advogado-Geral da União e pelo parecer do Órgão Ministerial (CF, art. 102, §§ 1º e 3º), não sejam as únicas argumentações a serem consideradas na análise da validade ou não do ato normativo federal ou estadual em face do texto constitucional, representa, por si só, significativo avanço, sobretudo num contexto de restrições crescentes e sistemáticas, em que sempre se proclamou caráter reconhecidamente objetivo do processo de controle de constitucionalidade em abstrato para estreitar os limites das controvérsias constitucionais e, por essa forma, descartar tudo quanto, subjetivamente, pudesse dificultar a leitura oficial da Constituição.

Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira,

²²³ Sobre os significados de “controle” em sentido “forte” – dominação, poder – e em sentido “fraco” – fiscalização, vigilância – veja-se Comparato, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 11-16.

acabam reescrevendo as constituições ou, como defendemos, expressando o poder constituinte delas.

Imaginando-se a riqueza das informações que essas instâncias poderão transmitir ao Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da norma questionada, devemos esperar que a nossa Corte Suprema, explorando todas as virtualidades dessas aberturas procedimentais, venha a ampliar consideravelmente o seu horizonte de compreensão e, por via de conseqüência, a decidir melhor as demandas constitucionais.

Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada alteração normativa, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal – alertado sobre todas as conseqüências das suas decisões – venha a adotar uma clara jurisprudência de resultados, assumidamente inspirada nos valores da segurança jurídica e do interesse social, que são congêntos à nossa idéia de direito, que embora seja instrumento dos fatores reais de poder de Lassale (direito como instrumento da ciência política), indubitavelmente pretende cada vez mais se aproximar do ideal de justiça social.

4.7. A declaração de inconstitucionalidade e o efeito repristinatório

A revogação de uma lei não acarreta a ressurreição das normas que ela tiver revogado, salvo disposição em contrário. Esta é a regra geral, consagrada no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que veda a ocorrência da repristinação no direito brasileiro, salvo quando expressamente estipulada pelo legislador.

Porém, quando se declara a inconstitucionalidade de uma norma legal, a questão ganha outros contornos. A declaração da inconstitucionalidade da lei não se equipara à sua revogação. Trata-se de fenômeno distinto, que produz conseqüências jurídicas próprias, inconfundíveis com as geradas pela revogação.

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade implica, em princípio, no automático reconhecimento da invalidade de todos os efeitos que a norma produziu, inclusive a revogação, tácita ou expressa, que eventualmente tenha operado em relação a outras normas anteriormente vigentes. Portanto, é como se a lei revogada

nunca tivesse deixado de vigorar, já que sua retirada do mundo jurídico decorreu de ato desprovido de validade jurídica.

Diversamente da Carta Portuguesa, que previu expressamente, no seu art. 282.2, a reprivatização como decorrência da pronúncia de inconstitucionalidade da lei, a Constituição brasileira silenciou-se a este propósito. Todavia, o Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo a ocorrência do fenômeno, ao afirmar que, sendo nula a lei inconstitucional, “permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade”.²²⁴

A Lei nº 9.868/99 nada dispôs a tal respeito no que concerne aos efeitos da decisão de mérito proferida no controle abstrato de normas. Contudo, no seu art. 11, § 2º, ao tratar da liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, estabeleceu que “a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em contrário.” Portanto, a *fortiori*, é evidente que a reprivatização foi admitida pelo legislador como consequência tácita da declaração de inconstitucionalidade.

Entretanto, pode ser que a lei anterior seja também inconstitucional, e padeça de vício ainda mais grave que a sua sucessora. Neste caso, poderá o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade da norma revogadora, declarar também a invalidade da que foi revogada? A julgar pela atual jurisprudência, duas limitações importantes a esta possibilidade teriam de ser examinadas: (a) a declaração de inconstitucionalidade dependeria de expresse requerimento do autor da ação, pois embora o Supremo Tribunal Federal não seja vinculado aos argumentos expostos pelo proponente (princípio da *causa petendi* aberta), ele encontra-se adstrito ao pedido autoral (princípio da congruência); e (b) este controle abstrato só seria possível quando a norma revogada fosse anterior à Constituição, a não ser em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Na nossa opinião, as restrições acima expostas podem ser contornadas. A vinculação ao pedido não deve chegar ao ponto de levar ao guardião da Constituição a perpetrar uma inconstitucionalidade, muitas vezes ainda mais séria da que viera de afastar, quando pronunciou a nulidade da norma revogadora. É preciso, neste

²²⁴ Representação de Inconstitucionalidade nº 1.077/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 101/503.

particular, adotar uma postura instrumentalista do processo constitucional, em prol da tutela da supremacia da Lei Maior.

Jorge Miranda, ao tratar do tema no direito português, conclui que o princípio do pedido deve ser encarado como abrangendo não só a norma explicitamente impugnada pelo autor, como também, implicitamente, a norma que esta revogara, “tudo no limite da razoabilidade da situação conseqüente à declaração”.²²⁵ Na doutrina pátria, Zeno Veloso perfilha o mesmo entendimento.²²⁶

Os obstáculos concernentes à possível ausência de pedido expreso de declaração de inconstitucionalidade da norma repristinada, ao nosso ver, podem ser superados através de uma compreensão adequada da problemática cogitada. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não precisa declarar a inconstitucionalidade da norma revogada, mas ele pode apreciá-la apenas para os fins específicos de conceder, ou não, efeitos repristinatórios à decisão de pronúncia de inconstitucionalidade da norma revogadora. Não se trata, portanto, de exercer a fiscalização abstrata daquele ato normativo anterior, mas sim de analisar a decisão no controle da norma posterior. Esta também é a posição de Canotilho, que lavrou:

No caso de a norma repristinada ser inconstitucional não está vedada ao TC a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios (cfr Ac. TC 56/84). Mais duvidoso (por violar o princípio do pedido) é a possibilidade de o TC conhecer e declarar a inconstitucionalidade das normas repristinadas.²²⁷

Por outro lado, é possível que a norma revogada seja constitucional, mas que a sua ressurreição, e, mais que isso, a sua incidência sobre fatos ocorridos no intervalo em que vigorou a norma revogadora, causem profundas injustiças e danos à segurança jurídica, afrontando interesses constitucionalmente tutelados. Por isso, é de todo conveniente que se confira, também nesse particular, certa margem de manobra ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que possa acomodar, na medida do possível, os diversos bens jurídicos de estatura constitucional envolvidos na resolução do caso.

Entendemos que, da conjugação dos arts. 11, § 2º e 27 da Lei nº 9.868/99, é possível inferir uma autorização para que o Supremo Tribunal Federal, mediante um

²²⁵ Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, t. 1, 2 e 4, p. 167.

²²⁶ Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 194.

²²⁷ Canotilho, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 903.

juízo de ponderação, restrinja ou até mesmo afaste os efeitos repristinatórios das decisões no controle de constitucionalidade. Mas, sempre que a restrição à repristinação decorrer não de um juízo sobre a inconstitucionalidade da lei revogada, mas de uma avaliação política do Supremo Tribunal Federal, calcada em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, pensamos que o *quorum* de dois terços previsto no art. 27 do dispositivo legal em comento também deve ser exigido.

4.8. A ponderação de interesses e os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade

Beira ao truísmo a afirmação de que o Judiciário não deve desconsiderar os efeitos concretos das suas decisões. Como poder político, ele não pode furtar-se à responsabilidade sobre as conseqüências dos seus julgados, invocando o ultrapassado mote do *fiat justitia e pereat mundus*. Afinal, o Direito é uma disciplina essencialmente pragmática,²²⁸ e existe para equacionar e resolver, da forma mais justa possível, os problemas concretos surgidos numa sociedade.

Com esta afirmação, não se pretende advogar a perigosa tese de que seja lícito ao juiz constitucional decidir conflitos com base em valorações políticas discricionárias e opacas, calcadas exclusivamente no seu senso pessoal de justiça. No Estado de Direito, as decisões judiciais são atos de aplicação da ordem jurídico-constitucional, e não pura manifestação de vontade arbitrária das autoridades investidas no poder estatal de dizer o direito. Dentro da *rule of law*, não há lugar para oráculos ou decisionismos. Contudo, na tarefa de apreciar os fatos e interpretar as normas, haverá sempre espaço, maior ou menor, para a subjetividade do intérprete – que é um homem historicamente situado, e não uma máquina fria e impessoal.

No Direito Constitucional, este espaço tende a se avolumar, seja pelo caráter aberto e principiológico que costuma caracterizar as normas constitucionais, seja pela natureza eminentemente política das questões que surgem nesta seara.²²⁹ Por isto na prestação da jurisdição constitucional, um certo grau de politização da justiça e judicialização da política é natural e inevitável.

²²⁸ Veja-se, a propósito, Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e método*, trad. Flávio Paulo Meurer, 2ª ed., Rio de Janeiro: Vozes, 482-505.

Esta complexidade da hermenêutica constitucional se acentua nos países que, como o Brasil, adotaram constituições compromissórias. Estas, pela sua origem, acabam abrigando normas, diretrizes, ideologias muito heterogêneas, o que tende a gerar a eclosão de conflitos na resolução de certas controvérsias.

Para compreender o método empregado para resolução das tensões entre normas constitucionais, é importante ter em mira a diferença existente entre princípios e as regras constitucionais. Na verdade, os princípios não se distanciam das regras apenas pelo seu grau superior de generalidade e de abstração, ou pela relevância maior do que desfrutam no sistema. Há uma diferença estrutural marcante entre eles.

Os princípios, segundo a lição de Gustavo Zagrebelsky,²³⁰ não possuem uma *fattispecie* definida, razão pela qual, contrariamente às regras, não se prestam a subsunção. Eles denotam favores constitucionais em benefício de certos bens, valores ou interesses, que obrigam o intérprete na resolução de casos concretos.

Na linha da célebre e festejada lição de Ronald Dworkin, podemos afirmar que as regras incidem sob a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*). Ou seja, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso, ou é afastada da sua solução, através da introdução de uma cláusula de exceção. Já com os princípios, isto não ocorre, pois eles possuem uma dimensão de “peso”, inexistente nas regras. Como salientou o Professor de Harvard,

Quando os princípios colidem (a política de proteção do consumidor de automóveis confrontando-se com o princípio da liberdade de contratar, por exemplo), aquele que tiver de resolver o conflito terá de levar em consideração o peso específico de cada um.²³¹

Assim, quando dois princípios entram em colisão, o conflito deve ser solucionado mediante uma ponderação, realizada diante do caso concreto, em que se verificará o peso assumido por cada um deles. Com as regras, tal fenômeno não se opera, pois quando duas delas aparentemente incidirem sobre determinada hipótese fática, a questão deverá ser dirimida pelo intérprete através do recurso a um dos

²²⁹ Usera, Raul Canosa. *Interpretacion constitucional y formula política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 240-244.

²³⁰ Zagrebelsky, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 149-150.

²³¹ Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

critérios clássicos usados para resolução de antinomias – cronológico, hierárquico e de especialidade²³² – que acarretam a opção por uma delas, em detrimento da outra.

Nesta trilha, é fecunda a construção de Robert Alexy, que equipara os princípios a “mandados de otimização”, “*que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos*”.²³³ Segundo o doutrinador germânico, o conflito entre princípio não se desenrola no campo da validade, mas sim na dimensão do peso. Não há hierarquia *a priori* entre os princípios, pois a prevalência de cada um deles na solução do problema jurídico enfrentado dependerá das circunstâncias específicas do caso concreto.

Assim, diante de uma tensão entre princípios constitucionais, torna-se essencial o recurso a uma ponderação de interesses. Conforme observamos um estudo dedicado a esta técnica:

Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compreensão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio de que o tutela, e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto.²³⁴

Tal ponderação deverá pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, que, consoante a doutrinal, pode ser desdobrado em três subprincípios: (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados; (b) da necessidade ou da exigibilidade, que impõe ao Estado que, dentre vários meios aptos ao atingimento dos fins colimados, opte sempre pelo menos gravoso; (c) e da proporcionalidade em sentido estrito, que sujeita os atos estatais a uma avaliação de custo-benefício, invalidando aqueles que acarretarem ônus superiores aos benefícios que ensejam.

²³² Sobre esses critérios, consulte-se Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro, 7ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996, p. 92 e seguintes.

²³³ Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

²³⁴ Sarmento, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 196-197.

Em outras palavras, na ponderação de interesses “o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”.²³⁵ Além disso, do ponto de vista material, o resultado da ponderação deve estar em consonância com a tábua axiológica subjacente à Constituição, em que cintilam com maior destaque os valores humanitários sintetizados na idéia de dignidade da pessoa humana.

Ora, a questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma típica ponderação de interesses. De um lado da balança, coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” estampada no art. 27 da Lei nº 9.868/99, da qual destacamos o seguinte trecho:

Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparada, 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, do outro**²³⁶

Portanto, quando os efeitos temporais naturais do exercício do controle de constitucionalidade puderem sacrificar outros bens jurídicos de escalão constitucional, possibilitou-se ao Supremo Tribunal Federal que os modulasse, mediante uma genuína ponderação de interesses. Estamos certos de que Supremo saberá valer-se com parcimônia e moderação desta sua nova faculdade, pautando-se, no seu exercício, por uma preocupação com os interesses da cidadania, e fugindo à lógica, nem sempre salutar, das razões de Estado.

²³⁵ *Idem, ibidem*, ps. 104-105.

²³⁶ Mensagem nº 396, de 07 de abril de 1997, publicada no *DO* de 06.12.1997, p. 40.337-40.340. Grifos não constantes do original.

CONCLUSÕES

O presente trabalho iniciou evidenciando que a democracia, como mera técnica de aferição da vontade da maioria no que relativo ao direito de um grupo político dirigir uma coletividade, não é suficiente para a garantia da ordem, da paz e do respeito aos valores básicos materiais e espirituais do ser humano.

Daí porque os homens, no curso da história, engendraram um documento básico, formado por um conjunto de leis obrigatórias e de observância incontornável, que definisse até onde vai a competência, vale dizer, o poder dos governos em relação aos governados. Esse documento denominou-se Constituição. Nele se inscrevem não só os limites do poder dos governos; o modo de provimento de suas funções; a distribuição de suas competências; a separação das funções governativas em Legislativa, Executiva e Judiciária, mas, principalmente, define-se um conjunto de direitos e garantias, que assegurem um mínimo vital aos cidadãos, ou seja, aos chamados direitos humanos, hoje fundamentados nos textos constitucionais.

Destarte, a Constituição, segundo a apropriada visão de Gomes Canotilho, “é o estatuto jurídico do político”, porque define os princípios constitucionalmente estruturantes, que irão modelar o fazer da política, vale dizer, a relação Estado-cidadania, de tal sorte que os exercentes de função potestativa saibam quais serão os vetores e os pontos limitativos do exercício de suas competências legais.

Foi dada ênfase no fato de que o respeito à supremacia da Constituição é de fundamental importância para que seja resguardada a complexa estrutura institucional de um Estado Democrático de Direito, ponto central de proteção das garantias fundamentais e, por via de consequência, de que ao Poder Judiciário cabe, ao lado de

todas as forças da nação, o imenso desafio da realização da Constituição. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal exerce a particular, específica e grandiosa missão de intérprete natural da Constituição.

Levando em conta que a tarefa proposta versa sobre formas de legitimar o resultado da interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, passou-se a analisar o modelo de controle de constitucionalidade das normas adotado pelo Brasil.

Defendeu-se a idéia de que o Judiciário, pela natureza de suas funções, é o Poder que menor perigo causa aos direitos políticos previstos na Constituição, porque será o último na capacidade de feri-los ou violá-los. O Judiciário não tem a espada, nem o dinheiro, não tem força nem vontade, mas somente decisões, que, em última análise, dependem do braço do Executivo para adquirirem eficácia.

Enfocou-se que persiste na doutrina alguma perplexidade sobre o direito das Cortes em declarar nulos atos legislativos, porque contrários à Constituição. Entendem que aquela faculdade implicaria uma superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo. Mas pretendeu-se demonstrar que essa doutrina não é aceitável.

Dessa forma, para que a argumentação seja democraticamente exercida, concluiu-se que o princípio da separação de poderes não pode sustentar um Poder Judiciário como contra-poder que contrabalança o Legislativo. O princípio democrático seria negado se existisse um poder que não fosse constituído e exercido pelo povo, mesmo que esse exercício consistisse apenas na intervenção indireta dos eleitos pelo povo na designação dos titulares do poder. Isso vale também para a designação dos juízes constitucionais. Eles também recebem a sua legitimação democrática do sufrágio universal, embora indiretamente, através da intervenção dos diretamente eleitos no processo de designação dos juízes. O sufrágio universal está, portanto, na origem de toda a decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão.

A constituição democrática positiva realiza na história de uma determinada sociedade o princípio democrático. Ela só é democrática na medida em que o resultado da decisão da maioria do povo e as suas normas se podem justificar racionalmente a partir do princípio democrático. Estabelece um processo para desenvolver no futuro a racionalidade possível que caracteriza a democracia.

A jurisdição constitucional e a decisão da maioria são dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um dos quais tem a sua própria racionalidade.

Numa sociedade que se pretende plural e diferenciada, definidas tais características no primeiro artigo da Constituição Federal, comprometida ainda com a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, há de ter mecanismos capazes de aplicar tais mandamentos, independentemente do seu grau de abstração e generalidade. E, para tanto, foi ressaltado como um dos aspectos que legitimam o resultado da interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade a abertura da interpretação constitucional.

Dessa forma, a Lei nº 9.868, de 10/11/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, embora não admita o instituto processual da intervenção de terceiros, grande parte em virtude da natureza objetiva do controle abstrato de constitucionalidade, contempla a possibilidade de oitiva da manifestação de outros órgãos ou entidades, para melhor esclarecimento da matéria objeto de argüição de inconstitucionalidade.

Essa faculdade, contemplada no § 2º do art. 7º do dispositivo legal em comento, permite que a tese defendida pelo autor da ação direta de inconstitucionalidade, sucedida pelas razões de defesa do ato objeto da ação pela Advogado-Geral da União e pelo parecer do Órgão Ministerial (CF, art. 102, §§ 1º e 3º), não sejam as únicas argumentações a serem consideradas na análise da validade ou não do ato normativo federal ou estadual em face do texto constitucional.

Muito embora a norma faça do relator o juiz exclusivo da conveniência e da oportunidade dessas manifestações, só o fato de ensejá-las já representa significativo avanço, sobretudo num contexto de restrições crescentes e sistemáticas, em que sempre se proclamou caráter reconhecidamente objetivo do processo de controle de constitucionalidade em abstrato para estreitar os limites das controvérsias constitucionais e, por essa forma, descartar tudo quanto, subjetivamente, pudesse dificultar a leitura oficial da Constituição.

Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao

esclarecer o sentido da Carta Política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições ou, como defendemos, expressando o poder constituinte delas.

Imaginando-se a riqueza das informações que essas instâncias poderão transmitir ao Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da norma questionada, devemos esperar que a nossa Corte Suprema, explorando todas as virtualidades dessas aberturas procedimentais, venha a ampliar consideravelmente o seu horizonte de compreensão e, por via de consequência, a decidir melhor as demandas constitucionais.

Sob o ponto de vista formal, mostrou-se que a teoria esboçada por Marshall em *Marbury vs. Madison*, a respeito da nulidade da norma inconstitucional, está plenamente correta. Porém, nem a melhor das teorias supera os fatos, em sua riqueza e complexidade. Assim, se é certo que o jurista não deve abdicar da segurança conferida pela adesão aos postulados da lógica formal, mais certo ainda é que ele não pode fechar os olhos às exigências e desafios postos à cada dia pelo mundo que o cerca. Afinal, o Direito existe para servir à sociedade, e não o contrário.

A questão dos efeitos temporais das decisões no controle de constitucionalidade envolve uma típica ponderação de interesses. De um lado da balança, coloca-se o princípio implícito da nulidade da lei inconstitucional, e do outro, eventuais interesses de estatura constitucional, que poderiam ser atingidos pelos efeitos da decisão, e que estão compreendidos dentro da genérica alusão a “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” estampada no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

Procurou-se demonstrar que o equacionamento satisfatório desses problemas nem sempre se compadece com o dogma da eficácia retroativa das decisões de inconstitucionalidade. É preciso, por isso, flexibilizar este dogma, reconhecendo a faculdade do Judiciário de temperá-lo, sempre que as circunstâncias da vida e os valores constitucionais o exigirem.

Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada alteração normativa, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal – alertado sobre todas as consequências das suas decisões – venha a adotar uma clara jurisprudência de resultados,

assumidamente inspirada nos valores da segurança jurídica e do interesse social, que são congênitos à nossa idéia de direito, que embora seja instrumento dos fatores reais de poder de Lassalle (direito como instrumento da ciência política), indubitavelmente pretende cada vez mais se aproximar do ideal de justiça social.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Alves, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, in Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Garantias do cidadão na justiça*, São Paulo: Saraiva, 1993.
- Amaral Santos, Aricê. O Poder Constituinte (Natureza e Titularidade do Poder Constituinte Originário), *Sugestões Literárias*, 1980.
- Aristóteles. *Ethica Nicomachea*, V, 7, 1134b18-1135a4.
- Barbalho, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1924.
- Barbi, Celso Agrícola. “Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista de Direito Público*, nº 4; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1978.
- Barbosa, Rui. *os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Companhia Imprensa, 1893; *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, Rio de Janeiro: Jornal do Comércio.
- Bispo, Luiz. *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Saraiva.
- Bittencourt, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
- Bobbio, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1986, 172p; *Teoria das Formas de Governo*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1975, 163p; *Teoria do ordenamento jurídico*, trad. Maria Celeste Cordeiro, 7ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- Bonavides, Paulo. *A Constituição Aberta*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- Bueno, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.
- Buzaid, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958.
- Caetano, Marcelo. *Direito Constitucional*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

- Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Livraria Almedina, 3ª Reimpressão, 1999.
- Cappelletti, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.
- Carneiro, Levi. Federalismo e Judicialismo, Rio de Janeiro: Alba.
- Casimiglia. Estudio preliminar à primeira edição espanhola de *Que es justicia?*, de Hans Kelsen.
- Cerri, Augusto. *Corso di Giustizia Costituzionale*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.
- Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo: RT, 1995.

- Comparato, Fábio Konder. Mudar o Brasil! Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático, 3ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1986; O poder de controle na sociedade anônima, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Constant, Benjamin. *Cours de Politique Constitutionnelle*, 2ª ed., 2 tomos, Paris: Librairie de Guillaumin, 1872, t. I.
- Cooley, Thomas. Princípios Gerais do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, trad. Alcides Cruz, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. XVIII e 122.
- Corrêa, Oscar Dias. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- Descartes, René. Discurso do Método, São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- Duverger, Maurice. Os partidos políticos, Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 589.
- Dworkin, Ronald. “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review*, 28, 1990; O Império do Direito, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999; *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978; Uma Questão de Princípio, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, 593 p.
- Edwin W. Patterson, Cardozo, Professor of Jurisprudence of the Columbia University. *The legal philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Massachussets: Harward University Press, 1980.
- Engels, Friederich. Origem da Família, da Sociedade e do Estado, Civilização Brasileira, 11ª edição.
- Enterría, Eduardo Garcia de. *La Constitution como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madri: Civitas, 1994.
- Ermacora, Félix. *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: cour constitutionnelle Autrichienne*. In: Favoreau, Louis (Org.), *Cour Constitutionnelle Européens et Droits Fondamentaux*, Paris: Economica, 1981.
- Evans, Lawrence B. *Cases on American Constitutional Law*, 6ª ed., Chicago: Callaghon.
- Favoreau, Louis. “Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale”, *Révue du droit public*, 1984.
- Ferras, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança na Constituição, São Paulo: Max Limonad, 1986.
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo: Atlas, 2000; Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia, São Paulo: Atlas, 1989.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. RDA 220: 1/17, 2000.
- Filho, Cândido Mota. “A Evolução do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro.
- Génny, François. *Méthode D’Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2ª ed., Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1919, p. 78.
- Gadamer, Hans-Georg. Verdade e método, trad. Flávio Paulo Meurer, 2ª ed., Rio de Janeiro: Vozes.

- Gusmão, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. Emilio Mikunda, Madrid: Tecnos, 2000, 161 p.
- Habermas, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.
- Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John. *The Federalist, American Papers*, Chicago: Enciclopédia Britânica, 1952, Great Books; *O Federalista*, Brasília: UnB, 1984.
- Heck, Philipp. Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses, p. 19.
- Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, 4ª ed., trad. e prólogo de Gerhart Niemeyer, México-Buenos Aires: *Fonde de Cultura Económica*, 1961.
- Herman Kantorowicz. A Ciência do Direito, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949.
- Hesse, Konrad. A força normativa da constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991; *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, tradução de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20., neubearbeitete Auflage, traduzido pelo Dr. Luís Afonso Heck.
- Hobbes, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e Poder de um Estado Eclesiásticos e Civil*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo: Nova Cultural, 1997; *O Leviatã*, Os Pensadores, cap. XVII, São Paulo, 1983.
- Horwitz, Morton J. The constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism. In: Harvard Law Review.
- Jhering. A Finalidade do Direito, trad. de José Antonio Faria Correa, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- Kant, Imanuel. *Crítica da Razão Pura*, B 562, Fundação Calouste Gulbenkian.
- Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2000; *Teoria pura do direito*, trad. João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1995; *La Garantía de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Anuário Jurídico I, 1974.
- Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamago, 2ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- Lassalle, Ferdinand. A essência da constituição, 3ª ed., Rio de Janeiro, Líber Júris, 1995, p. 37.
- Locke, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*, trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro, Abril Cultural, São Paulo, 1978.
- Manno, Thierry di. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris: Economica, 1997.
- Maquiavel, Nicolau. *O Príncipe*, editora Universidade de Brasília, In Curso de Introdução à Ciência Política, Brasília, 1984.
- Marshall, John. *Decisões Constitucionais de Marshall*, trad. Américo Lobo, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1908.

- Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. A Teoria das Constituições Rígidas, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980.
- Mendes, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos, São Paulo: Saraiva, 1990; Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, São Paulo: Saraiva, 1996, 327p.; Jurisdição Constitucional: sobre a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro e a declaração de inconstitucionalidade e a “lei ainda constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1996; Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil, São Paulo: Celso Bastos editor, 2000; Revista Jurídica Virtual nº 7 – dez./99; “O controle de constitucionalidade das leis na atualidade”, in Direito, Carlos Alberto Menezes (org.), Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito, Renovar, Rio de Janeiro, 1997.
- Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- Montesquieu. Do Espírito das Leis, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues, 2ª ed, Abril Cultural, São Paulo, 1979.
- Moraes, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas.
- Müller, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*, trad. Olivier Jouanjan, Paris: Presses Universitaires de France, 1996; Métodos de Trabalho do Direito Constitucional, trad. por Peter Naumann, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1999.
- Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade, 3ª ed., São Paulo: RT, 1992.
- Piovesan, Flávia C. Proteção judicial contra omissões legislativas, São Paulo: RT, 1995.
- Pontes de Miranda, F. C. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, t. III, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- Poulantzas, Nicos. O Estado, o Poder e o Socialismo, Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1985.
- Reale, Miguel. Filosofia do Direito, São Paulo: Saraiva, 1972, 254p; Teoria tridimensional do Direito – situação atual, São Paulo, Saraiva, 1986; Fontes e modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico, São Paulo, Saraiva, 1994.
- Rodrigues, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o direito constitucional americano, Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- Rosenfield, Denis. Do mal, L&PM Editores, São Paulo, ed. Brasiliense, 1992, 90 p.
- Rousseau, Jean-Jacques. Do Contrato Social, trad. de Lourdes Santos Machado. Nova Cultural, São Paulo, 1991.
- Rughes, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.
- Sarmento, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- Sartre, Jean Paul *apud* Filosofia Política Contemporânea, Editora UnB, 1975.

- Schalaich, Klaus. *Procédures et techniques de protection des Droits Fondamentaux: tribunal Constitutionnel Allemand. In: Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, Paris: Economica, 1981.
- Schmitt, Carl. *Teoria de la constitución*, Reimpressão, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d e s/indicação de tradutor.
- Siches, Recaséns. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México: Editorial Porrúa Perez S/A, 1970, 717p.
- Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, 270p.
- Sousa, Marcelo Rebelo de. “Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais”, In. Vários autores, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- Uruguai, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça, 1930.
- Usera, Raul Canosa. *Interpretacion constitucional y formula política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Vasconcelos, Wilson Accioli de. “Origens do Controle de Constitucionalidade das Leis”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 3, nº 11, ps. 59-68, set. 1966.
- Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey.
- Virga, Pietro. *Diritto costituzionale*, 9ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.
- Walther F. Murphy. James E. Fleming e Sotirios Barber. *American Constitutional Interpretation*, New York: The Foundation Press, 1995.
- Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, Nova Iorque: Baker.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.