

Revogação, inconstitucionalidade e a importância relativa das coisas no controle abstrato de direito pré-constitucional: argumentos a favor da revisão de um precedente (ADI 2)

Revocation, unconstitutionality and the relative importance of things in abstract judicial review of pre-constitutional law: arguments for the review of a precedent (ADI 2)

Fábio Carvalho Leite*

Resumo

O presente trabalho pretende rever os argumentos sustentados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2, quando a Corte decidiu que uma lei anterior à Constituição e incompatível com ela não seria uma lei inconstitucional, mas uma lei revogada. A importância desse debate envolve o fato de que todas as leis editadas antes da Constituição não podem ser questionadas através do mecanismo mais eficiente de controle abstrato de constitucionalidade: a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tento demonstrar que os argumentos invocados pelo tribunal são inconsistentes e contraditórios.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Direito pré-constitucional.

* Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio (2002) e doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2008). Atualmente, é professor de Direito Constitucional e Coordenador adjunto da pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio. É Coordenador de Direito Constitucional e da área de ênfase em Estado e Sociedade do Depto. de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. É Assessor Jurídico Adjunto da Reitoria da PUC-Rio. É Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio (NEC). Rio de Janeiro - RJ - Brasil. Email: fabiojur@puc-rio.br

Abstract

This work intends to review the arguments defended by the Brazilian Supreme Court at the judgment of ADI 2, when the Court decided that an act approved before the Constitution (pre-constitutional law) and incompatible with it wouldn't be an unconstitutional act, but a revoked act. The importance of this debate involves the fact that all the law enacted before the Constitution cannot argued through the most efficient mechanism of abstract judicial review: Direct Action of Unconstitutionality (in Portuguese: ADI). I try to demonstrate that the arguments invoked by the Court are inconsistent and contradictory.

Keywords: *Judicial review. Unconstitutionality. Pre-constitutional law.*

Introdução

Uma lei aprovada em desacordo com a Constituição, seja por vício de forma, seja por ofensa ao seu conteúdo, é uma lei inconstitucional. Essa é a ideia básica e incontroversa de inconstitucionalidade de leis, presente já nos documentos comumente identificados como pioneiros no desenvolvimento do tema: o artigo nº 78, de *O Federalista*, escrito por Alexander Hamilton, e a decisão redigida por John Marshall no caso *Marbury v. Madison* (1803), julgado pela Suprema Corte dos EUA. De fato, se Hamilton afirma que nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido, deve-se partir da compreensão de que o legislador tem seu poder limitado pela Constituição, ou, em suas palavras: “a presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes”. Também deve ser assim entendida a afirmação de Marshall segundo a qual “a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela” (Referência?) – conclusão a que chegou o Juiz da Suprema Corte após frisar a importância de uma Constituição escrita, em que os poderes da legislatura são definidos e limitados. A ideia de inconstitucionalidade aqui exposta sustenta-se, portanto, na imposição, expressa no texto constitucional, de limites à *atuação* dos poderes constituídos.

Por seu turno, uma lei que, em seu conteúdo, é contrária à outra lei de mesma hierarquia e lhe é posterior é uma lei revogada, ainda que o ato normativo mais recente assim não disponha de forma expressa. Essa é a ideia básica e incontroversa de revogação (tácita, no caso).

Em suma: no que tange às antinomias normativas, não há qualquer discussão a respeito dos conceitos básicos de inconstitucionalidade e revogação.

Todavia, há uma situação de conflito normativo que, a rigor, não se enquadra em nenhum dos conceitos anteriormente apontados, pelo menos não na forma como o foram, a saber: o conflito entre lei e Constituição que lhe é posterior. A *atuação* do Poder Legislativo, nesse caso, não ultrapassou limites impostos pela Constituição, uma vez que esta lhe é posterior. Por outro lado, a Constituição, embora seja norma jurídica e, no caso em questão, posterior à lei cujo conteúdo lhe é contrário, é a *lei fundamental* do Estado, o que, por si só, afasta a ideia de conflito entre normas de mesma hierarquia.

Essa espécie de conflito normativo é comum em países que apresentam em sua história uma considerável sucessão de Constituições, como é o caso do Brasil, mas pode se apresentar também em países sem a mesma instabilidade constitucional, ou mesmo nos EUA, que tem em seu histórico apenas uma Constituição, ainda em vigor. O conflito em questão pode resultar também de emenda constitucional posterior à lei. Nesse caso, não haveria desrespeito do legislador aos limites impostos pela Constituição, nem o conflito se daria entre atos normativos de mesma hierarquia.

Trata-se, portanto, de um conflito normativo do qual nenhum Estado constitucional está efetiva ou potencialmente isento. E nesse amplo universo em que tal conflito se verifica, não há consenso a respeito do seu enquadramento como hipótese de revogação ou de inconstitucionalidade (doravante denominadas “tese da revogação” e “tese da inconstitucionalidade”), havendo posições institucionais e doutrinárias divergentes que animam um debate histórico sobre o tema. Mas a relevância desse debate, para além de interesses meramente

teóricos, não está relacionada à frequência com que ocorre o conflito, nem mesmo à tese que se impõe. Afinal, seja considerado um caso de revogação, seja um caso de inconstitucionalidade, o resultado é invariavelmente em prejuízo da lei infraconstitucional. O que torna o debate relevante (sob um ponto de vista prático) está relacionado à forma como os sistemas constitucionais lidam com esse resultado, proporcionando ou não segurança quanto ao ordenamento jurídico vigente.

No Brasil, o STF, de longa data, firmou jurisprudência relativamente pacífica (eis que nem sempre unânime), com apoio na doutrina majoritária (mas, de novo, nunca unânime), de que o conflito, nesse caso, implicaria revogação, e não inconstitucionalidade da lei. Como decorrência desse entendimento, todo conflito entre lei e norma constitucional posterior é resolvido fora do sistema de controle de constitucionalidade. Ou seja, todos os mecanismos relacionados a controle de constitucionalidade no Brasil – cláusula de reserva de plenário (art. 97, CRFB), suspensão de execução da lei pelo Senado (art. 52, X, CRFB), ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, CRFB) – não se aplicam aos casos que envolvem conflito entre Constituição e direito pré-constitucional¹. Esses são os efeitos, por assim dizer, visíveis do entendimento adotado pelo STF. Mas o ponto mais sensível que daí resulta é a dificuldade de se atribuir eficácia *erga omnes* ao reconhecimento dessa “revogação”. A segurança que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade proporciona acerca da validade das leis editadas após a entrada em vigor da Constituição é bem mais restrita em relação ao direito pré-constitucional, pois é limitada às decisões em ADPF (que têm por parâmetro apenas os preceitos fundamentais da Constituição) e aos enunciados das súmulas vinculantes (que só podem ser editadas depois de reiteradas decisões num mesmo sentido). Até o advento da Lei nº 9882/99 (que dispõe

¹ No julgamento do RE 387271 (08/08/2007), o Ministro Marco Aurélio chegou a defender que o STF deveria encaminhar ao Senado, para fins do disposto no art. 52, X, CRFB, também as leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis. O Ministro restou vencido, no entanto.

sobre a ADPF) e a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (que, dentre outras, criou a súmula vinculante), não havia sequer essa segurança mais restrita.

Após a promulgação da Constituição de 1988 – como seria previsível, por se tratar de nova Constituição –, a questão foi novamente levada à Corte, através de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade, dentre as quais se destaca a ADI 2, que, por ter sido a primeira a ser julgada (em 6 de fevereiro de 1992), firmou o entendimento aplicado às demais. A decisão proferida nesse julgado manteve o entendimento de que o conflito entre Constituição e direito pré-constitucional resultava em revogação, e não em inconstitucionalidade, e a Corte não conheceu a ação de inconstitucionalidade por impossibilidade jurídica do pedido. Tal fato poderia sugerir certa solidez na jurisprudência do STF, mas seria um juízo precipitado. Nesse julgamento, houve três votos vencidos, proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Néri da Silveira, que entendiam ser o caso de inconstitucionalidade. Além disso, vale acrescentar que, na ADI-MC 75, julgada em 16 de agosto de 1989, o Ministro Aldir Passarinho (que deixou de integrar a Corte em novembro de 1991) também havia defendido a tese da inconstitucionalidade, admitindo a ação de inconstitucionalidade contra norma anterior à Constituição².

² Não incluo o Ministro Francisco Rezek, embora conste no dispositivo do acórdão da ADI-MC 167 (que tinha por objeto norma anterior à Constituição) que ele restou vencido porque conhecia da ação. Vários fatores permitem supor que o Min. Francisco Rezek não é um defensor da tese da inconstitucionalidade. Neste julgado, o Ministro manifestou-se apenas quando, na condição de relator, indeferiu a liminar. Embora, a rigor, o indeferimento da liminar pressuponha que o Ministro conheceu a ação, nenhuma passagem de seu breve voto sugere que o fez porque compartilha da tese da inconstitucionalidade. Aliás, o Ministro citou até mesmo a jurisprudência da Corte pelo não conhecimento da ação de inconstitucionalidade nesses casos como um argumento para indeferir a liminar. Além disso, vale lembrar que o Ministro renunciou ao cargo em março de 1990, mas retornou à Corte em maio de 1992, ano em que o STF julgou diversas ADIs envolvendo o tema, e em nenhuma delas o Ministro foi voto vencido ou ao menos sugeriu que simpatizava com a tese da inconstitucionalidade. Por fim, mesmo na ADI 2, a liminar foi denegada pelo relator original da ação, Ministro Djaci Falcão, sem que isso implicasse o seu posicionamento pela tese da inconstitucionalidade.

Portanto, desde a entrada em vigor da Constituição até o ano de 1992, quando foram julgadas diversas ADIs que tinham por objeto direito pré-constitucional, nada menos que quatro Ministros manifestaram-se pela admissibilidade do controle abstrato das normas anteriores à Constituição. Esses votos não ameaçaram a jurisprudência dominante, mas não se pode negar que relativizam o seu peso, sugerindo talvez alguma fragilidade encoberta pela ideia de “jurisprudência pacífica e histórica”. Para reforçar esse ponto, que anima o presente trabalho, permito-me incluir também o voto do Ministro Célio Borja na ADI-MC 75, ainda que não seja possível, a rigor, considerá-lo um defensor da tese da inconstitucionalidade. Naquele julgado, do qual foi relator, impugnava-se uma lei do estado do Paraná, editada em junho de 1988, que tratava de tema de competência da União e se encontrava em conflito com a legislação federal³. Os argumentos jurídicos apresentados pelo Ministro eram, *data venia*, insubsistentes, pois, numa aparente confusão de conceitos⁴, acabavam por admitir a inconstitucionalidade superveniente nesse caso, por ser formal (acrescentando que não o faria se fosse material)⁵, quando a doutrina é unânime em reconhecer justamente que não há inconstitucionalidade *formal superveniente*, admitindo-se polêmica apenas em relação à inconstitucionalidade *material superveniente*⁶.

³ Segundo o relator, “no caso, a Lei Estadual invocada colide com a legislação federal pertinente, em especial o Cód. Proc. Civ., arts. 666, I, 1116 e 1219; a lei de Falências, art. 209; o D.L. nº 1737/79, art. 1, a Lei nº 6830/80, art. 32”.

⁴ Em determinada passagem de seu voto, escreveu o Ministro: “Inconstitucionalidade material e formal. Ela [a lei federal] regula a matéria, está sendo aplicada em todo o território nacional, ela vai ser excluída por ato da legislatura local [...]”. Lei estadual que regula matéria de competência federal padece do vício de inconstitucionalidade apenas formal, e não material.

⁵ Em suas palavras: “Eu não teria dúvida em sufragar o alvitre oferecido pelo Ministro Moreira Alves, se se cuidasse de norma de lei ordinária materialmente incompatível com a Constituição superveniente. A um primeiro exame, porém, não parece ser esse o caso dos autos. [...] Não se diz, em nenhum momento, que o conteúdo da lei estadual em causa é contrário ao de uma disposição constitucional; mas, sim, que ela ofende a Constituição porque, embora lhe seja anterior, foi editada pela autoridade legislativa local, quando, por força do artigo 22, inciso I, da lei fundamental, é a matéria processual de competência da União.”

⁶ Não por outra razão, até mesmo o Ministro Sepúlveda Pertence, que, no julgamento da ADI 2, revelou-se um grande defensor da tese da inconstitucionalidade, votou pelo não conhecimento da ação nesse caso.

Mas os argumentos do Ministro Célio Borja que aqui interessam são de outra ordem. A lei estadual em questão havia sido já suspensa em liminar deferida em representação de inconstitucionalidade, mas voltou a vigorar a partir do momento em que aquela ação restou prejudicada, em razão do advento da nova Constituição. Isso permite dizer que a jurisprudência do STF a respeito do controle abstrato de normas, diante do advento de uma nova Constituição, permitiu que uma lei, suspensa por ter sido considerada liminarmente inconstitucional pela própria Corte, não apenas voltasse a vigorar, mas contasse com uma espécie de garantia de que não mais poderia ser impugnada através de ação direta, com a conseqüente eficácia *erga omnes*.

Nesse contexto é que devem ser compreendidas certas expressões utilizadas pelo Ministro em seu voto, como “irreparabilidade do prejuízo das partes”, “evitar os males que podem decorrer da persistência da eficácia da norma estadual argüida de inconstitucional” ou “no momento, nos devemos ater à conveniência, ou inconveniência de suspender os efeitos da norma impugnada”. Nota-se, assim, que o voto do Ministro Célio Borja, embora não contribua para reforçar a tese da inconstitucionalidade – nem se poderia dizer que era essa a sua intenção –, reforça de alguma forma uma visão crítica a respeito da jurisprudência do STF sobre o tema.

Essas posições críticas são minoritárias, mas suficientemente expressivas para os propósitos deste trabalho, o qual visa justamente analisar a força e consistência dos argumentos que formam essa jurisprudência restritiva e inflexível do STF, gerando conseqüências negativas para a segurança acerca da adequação do ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição da República. Manifestações contrárias no seio da própria Corte no mínimo colocam em dúvida a ideia de que, entre as duas teses, uma está absolutamente correta e a outra, conseqüentemente, errada, com todo o peso que esses juízos carregam. Afinal, seria a tese da revogação tão óbvia e necessária a ponto de escapar a qualquer lógica o entendimento de que o caso seria de inconstitucionalidade (como defendem alguns Ministros e juristas)? Seria a tese da revogação tão inflexível a ponto de não se admitir

sua apreciação em sede de controle abstrato (como admitem outros sistemas constitucionais)? Sendo uma questão reconhecidamente polêmica, não se poderia ponderar a opção por uma tese a partir das suas consequências? Quais seriam as consequências negativas se fosse adotada a tese da inconstitucionalidade? As consequências negativas da adoção da tese da revogação são bem conhecidas – e pode-se talvez até dizer que são o maior motivador da tese oposta. Essas questões vão, de certa forma, orientar a análise dos argumentos adotados pelo STF para manter sua jurisprudência histórica.

Pretendo demonstrar por que esse precedente⁷ deve ser revisto, lançando mão da análise dos argumentos apresentados na ADI 2 e que formaram a posição vencedora. Aponto algumas fragilidades e inconsistências nos argumentos, e mesmo uma contradição com a jurisprudência da Corte sobre temas relacionados. O trabalho, contudo, é mais crítico do que propositivo. Assumo que ambas as teses apresentam bons fundamentos⁸, mas pretendo demonstrar que a tese da revogação, tal como adotada na ADI 2 e dentro do contexto do direito brasileiro, incluindo a própria jurisprudência do STF sobre determinados temas, encerra algumas contradições e deve ser revista, se não em seu resultado, ao menos em seus fundamentos.

1 Decisão na ADI 2: uma análise crítica de seus fundamentos

AADI 2 foi ajuizada pela Federação Nacional de Estabelecimentos de Ensino (FENEN) visando à declaração de inconstitucionalidade e inaplicabilidade dos artigos 1º e 3º do Decreto-Lei nº 532, de 16 de abril de 1969, e 2º a 5º do Decreto Federal nº 95.921, de 14 de abril de 1988, face à Constituição de 1988. De acordo com a proponente da ação, a

⁷ Para uma análise das correntes e fundamentos teóricos neste debate, v. Herani, (2010) (em especial, cap. 4).

⁸ A ADI 2 foi o primeiro julgado do STF a respeito do tema após a promulgação da Constituição de 1988 e, embora não tenha sido o último, todos os que se seguiram tiveram o mesmo resultado e pelos mesmos fundamentos, fazendo daquele julgado um *precedente* que faz jus à qualificação.

referida legislação estava de acordo com a Constituição vigente à época da sua edição, mas contrariava dispositivos do texto constitucional de 1988 (artigos 173, §4º, 174 e 209, *caput* e inciso I). A liminar requerida foi denegada em 20 de outubro de 1988 pelo relator original da ação, Ministro Djaci Falcão, que deixou de integrar a Corte em janeiro de 1989. Em seguida, foram prestadas informações pelo Presidente e oferecido o parecer pelo Procurador-Geral da República, tendo ambos ressaltado que norma anterior à Constituição não pode ser objeto de controle abstrato, por se tratar de hipótese de revogação, e não de inconstitucionalidade. A ação foi julgada pelo plenário em 6 de fevereiro de 1992, tendo o tribunal decidido, por maioria, manter a jurisprudência histórica do STF. Votaram nesse sentido os Ministros Paulo Brossard (relator), Celso de Mello, Moreira Alves, Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Célio Borja e Ilmar Galvão⁹. Em sentido contrário, votaram os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio¹⁰.

Em que pese a diversidade de votos, pode-se dizer que o debate foi polarizado pelos votos dos Ministros Paulo Brossard (a favor da tese da revogação) e Sepúlveda Pertence (a favor da tese da inconstitucionalidade), aos quais os demais aderiram, reforçando eventualmente algum ponto.

O Ministro Paulo Brossard foi metódico em seu voto de 43 páginas, organizando-o em diversos tópicos, a fim de cobrir os variados campos que a questão tangencia. Considerando-se que cada tópico não corresponde necessariamente a um novo argumento, o voto do relator será aqui analisado sem uma necessária correspondência com os referidos tópicos, mas com o compromisso de reunir todos os pontos levantados e argumentos expostos pelo Ministro.

Um primeiro ponto a ser destacado no voto do relator refere-se ao fato de a tese da revogação ser historicamente reconhecida e

⁹ Os votos dos Ministros Célio Borja e Ilmar Galvão não constam no *site* do STF.

¹⁰ O voto do Ministro Marco Aurélio também não consta no *site* do STF.

sustentada no país tanto pela jurisprudência como pela doutrina. Esse ponto foi demonstrado de forma eficiente em seu voto, a começar pela citação de um trecho de obra de Castro Nunes, publicada em 1943, na qual o autor (insuspeito, pois defensor da tese da inconstitucionalidade) reconhecia:

Tem-se dito – e é essa a opinião generalizada, quer na exposição do nosso direito constitucional, quer na jurisprudência – que as leis pré-existentes e havidas como incompatíveis com a Constituição são leis *revogadas*, que escapam ao tratamento da declaração de inconstitucionalidade. Tendo divergido desse entendimento assentado de longa data pelo Supremo Tribunal [...] (grifo no voto do Ministro) (Referência?)

Castro Nunes admite que a tese da inconstitucionalidade por ele sustentada contrariava o entendimento assentado de longa data pelo STF e opinião generalizada, tanto na doutrina como na jurisprudência. Assumindo, a partir desse insuspeito testemunho, que essa era a jurisprudência do STF até 1943, o Ministro Brossard demonstrou que tal entendimento se manteve até o advento da Constituição de 1988, com a exceção de um único julgado (RE 17961), em 1952, no qual se decidiu que lei anterior à Constituição de 1946 e com ela incompatível deveria ser submetida à cláusula de reserva de plenário, o que não havia sido observado na instância inferior. Essa decisão, contudo, estava longe de modificar a jurisprudência do STF: foi proferida pela 2ª turma (e não pelo plenário) da Corte e tomada por maioria de votos (2 x 1). Ademais, nesse mesmo ano, a 1ª turma do STF proferiu ao menos dois julgados (RE 19.656 e 19.887) sustentando o entendimento pela revogação – o que foi seguido pela Corte em diversos julgados citados pelo Ministro de 1974 a 1987¹¹, demonstrando que o STF manteve (sempre à unanimidade, neste período) essa jurisprudência. O Ministro citou também alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal

¹¹ RE 78984 (1974), RE 78486 (1975), RI 946 (1977), RI 1012 (1979), RI 1016 (1979), RI 969 (1981), RE 91.604 (1981), RE 100596 (1983), RI 1303 (1986), RI 1334 (1987)

(acórdãos de 02/01/1947, 17/01/1947, 16/09/1947 e 21/10/1959) e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (acórdãos de 26/01/1947, 17/05/1950, 20/12/1951, 17/12/1952 e 18/05/1973).

A afirmação do Ministro Brossard de que a jurisprudência no país foi sempre pacífica em favor da tese da revogação é incontestável, mas seu valor como argumento para o ponto aqui em análise pode e deve ser relativizado. Não se trata de separar argumento histórico de argumento jurídico – o que, de certo modo, o próprio Ministro fez, ao reconhecer que o STF pode mudar de orientação acerca da tese, apenas ressaltando que, se o fizer, estará abandonando a antiga e numerosa jurisprudência. Os pontos que relativizam a importância desse argumento são outros.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que o controle judicial de constitucionalidade foi adotado no Brasil a partir da Constituição de 1891 em termos muito simples, sem qualquer tratamento especial para a declaração de inconstitucionalidade ou seus efeitos. Qualquer juiz ou tribunal, ao apreciar um caso concreto, poderia deixar de aplicar uma norma por considerá-la contrária ao texto constitucional, não fazendo diferença se a norma em questão é anterior ou posterior à Constituição (LEITE, 2002). De uma forma ou de outra, qualquer juiz ou órgão fracionário de tribunal teria competência para resolver o conflito normativo e, caso decidisse em prejuízo da norma infraconstitucional, a eficácia dessa declaração (de inconstitucionalidade ou de revogação) seria restrita às partes envolvidas no processo (*inter partes*). Em suma, durante os mais de 40 anos de vigência da Constituição de 1891, pode-se dizer que não havia diferença entre as teses da revogação e da inconstitucionalidade.

As diferenças surgiram com o advento da Constituição de 1934, que inovou o controle de constitucionalidade em dois singelos pontos que acabaram por definir um modelo de controle concreto-difuso que se manteve, à exceção do período do Estado Novo, até a Constituição atualmente em vigor¹²: a exigência de maioria absoluta para declaração

¹² Arts. 97 e 52, X, CRFB-1988.

de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 179, Constituição de 1934), reforçando *o princípio da presunção da constitucionalidade das leis* e a competência conferida ao Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 90, IV, Constituição de 1934). Portanto, é a partir da Constituição de 1934 que a discussão a respeito das teses da revogação e da inconstitucionalidade adquire alguma relevância prática. E isso porque, a depender da tese adotada, as normas anteriores à Constituição *não precisariam* ser submetidas ao plenário dos tribunais em caso de incompatibilidade e *não poderiam* ser encaminhadas ao Senado para suspensão de sua execução após reconhecimento dessa incompatibilidade pelo STF. Em outros termos, discutir se a norma anterior à Constituição e com ela incompatível deve ser considerada revogada ou inconstitucional significa discutir duas coisas: (i) se a norma precisa ser encaminhada ao pleno para ter a sua incompatibilidade reconhecida pelos tribunais (ou se está dispensada dessa exigência); e (ii) se, após o reconhecimento dessa incompatibilidade pelo STF, a norma anterior à Constituição deve (e, se não deve, não pode) ser encaminhada ao Senado para avaliação da conveniência em suspender a execução da referida norma. Pode-se dizer, assim, que a Constituição de 1934 trouxe consequências práticas para um problema, até então, apenas teórico.

É importante avaliar essas consequências para uma melhor compreensão do debate. Observo que a jurisprudência colhida pelo Ministro Brossard junto aos Tribunais de Justiça do antigo Distrito Federal e de São Paulo reunia basicamente decisões proferidas após a entrada em vigor da Constituição de 1946, e em absolutamente todas elas o que se discutia era a aplicação da cláusula de reserva de plenário. Não vou argumentar que o simples fato de haver decisões sobre o tema (em sua maioria, decisões proferidas no ano de 1947) demonstraria a existência de controvérsia a esse respeito. Recursos interpostos aos tribunais sob esse fundamento poderiam (mas não vou investigar a hipótese) ser meramente protelatórios, contrariando jurisprudência pacífica. **Pretendo seguir outro caminho para sugerir que o entendimento que se**

consolidou a respeito da questão pode ter sido de alguma forma condicionado pelas consequências práticas que o debate acarreta.

A cláusula de reserva de plenário dos tribunais (com exigência de maioria absoluta de seus membros para declaração de inconstitucionalidade das leis), criada pela Constituição de 1934 e mantida nas Constituições que se seguiram, sustenta-se no princípio da *presunção da constitucionalidade das leis*. Este é o princípio que justifica aquela regra.

O princípio de presunção de constitucionalidade das leis só se justifica a partir da ideia básica e incontroversa de constitucionalidade/inconstitucionalidade apresentada no início deste trabalho, ou seja, de observância ou inobservância dos limites impostos ao legislador pela Constituição vigente à época da edição da lei. Presumir a constitucionalidade de uma lei significa presumir que o legislador, ao aprovar o ato normativo, o fez dentro dos limites impostos pela Constituição vigente à época. Não se aplica, portanto, esse princípio às leis anteriores à Constituição, ou seja, não existe uma presunção de que as leis estejam de acordo com uma Constituição que lhes é posterior. Não há uma presunção de recepção das leis – ao menos não nos mesmos termos ou pelos mesmos fundamentos.

Esse ponto é importante para se compreender por que a mudança trazida pela Constituição de 1934, relativa à cláusula de reserva de plenário, não suscitou polêmica em relação às leis anteriores ao texto constitucional. Ao contrário: justamente porque é fácil argumentar que as leis anteriores à Constituição (uma vez que não gozam da presunção de constitucionalidade) não estão sujeitas à cláusula de reserva de plenário, pode-se dizer que o advento dessa cláusula *reforçou* a ideia de que as leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis não seriam inconstitucionais, mas revogadas.

Há outro aspecto a ser considerado em favor da tese da revogação. Não se trata de um argumento nem mesmo de uma causa para a inobservância da reserva de plenário em relação ao direito pré-constitucional, mas de uma consequência: adotar a tese da revogação

implica, nesse caso, *afastar uma exigência* imposta pela Constituição. As leis anteriores à Constituição *estão dispensadas* da regra de reserva de plenário, *não precisam* ser submetidas ao pleno do tribunal e podem ter a sua compatibilidade examinada diretamente pelos órgãos fracionários.

A Constituição de 1934 (ao menos no que tange à cláusula de reserva de plenário) criou um contexto favorável à tese da revogação. Se na vigência da Constituição de 1891 não havia diferença entre as teses da revogação e da inconstitucionalidade, o advento da cláusula de reserva de plenário, que só se justifica nos casos de leis posteriores à Constituição, tornou obrigatória essa distinção. Portanto, tornou-se uma questão da qual nem a jurisprudência nem a doutrina poderiam se esquivar. E todos se manifestaram pela tese da revogação, o que é plenamente justificável e facilmente compreensível, pois não há como sustentar a observância desta cláusula às leis anteriores à Constituição. Assim, o advento da reserva de plenário consolidou o entendimento de que leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis são leis revogadas.

Por outro lado, a polêmica poderia ter sido suscitada em relação à outra novidade trazida pela Constituição de 1934: a suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Aqui, já não seria tão simples defender a tese da revogação, ou haveria ao menos um bom argumento para que fosse adotada a tese da inconstitucionalidade: se as leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis fossem declaradas revogadas (e não inconstitucionais) pelo STF, não seria possível encaminhar as decisões do tribunal ao Senado, para que este conferisse eficácia *erga omnes* àquelas declarações de incompatibilidade entre lei e Constituição. A força do argumento em favor da tese da inconstitucionalidade, nesse caso, decorre do fato de que a Constituição de 1934 atribuiu aquela competência ao Senado justamente para evitar a insegurança jurídica que decorre do controle difuso, em que juízes e tribunais podem ter entendimentos diversos acerca da constitucionalidade de uma lei. Essa preocupação esteve presente de forma intensa nos debates travados na subcomissão do Itamaraty, que elaborou o anteprojeto a partir do

qual a Assembleia Constituinte de 1933-34 desenvolveu seus trabalhos. De fato, foi em razão desse problema verificado ao longo da Primeira República que o jurista Themístocles Cavalcanti propôs, naquela subcomissão, que fosse criada uma ação direta na qual o STF julgaria a inconstitucionalidade em tese de uma lei. Oswaldo Aranha, membro daquela subcomissão, embora tivesse uma posição receosa quanto às propostas que conferiam poderes excessivos ao Judiciário, observou:

[...] efetivamente, precisamos estabelecer na Constituição uma norma que venha corrigir a anomalia atual, decorrente do Supremo Tribunal julgar inconstitucional uma lei, no apreciar determinado fato, e continuar essa lei em vigor. É, portanto, uma lei condenada pelo Poder Judiciário, que continua a produzir inúmeros outros casos para julgamentos futuros.

[...]

Vivemos sob o império de leis já declaradas inconstitucionais, é uma anomalia que precisa ser eliminada. Quanto a isso, não há dúvida. (AZEVEDO, 1993, p. 536)

Góes Monteiro, também integrante daquela subcomissão, embora tenha votado contra a proposta – que, afinal, não foi aprovada – fez questão de ressaltar:

[...] realmente, esta é uma das coisas que sempre lhe pareceram inconvenientes, no sistema constitucional de 1891, pois não se pode compreender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado em espécie uma lei inconstitucional, ela continue em vigor. Entende que deve haver um meio de evitar esse inconveniente. (AZEVEDO, 1993, p. 536)

No entanto, o ponto mais curioso é que, embora houvesse quase um consenso quanto aos problemas decorrentes de entendimentos divergentes acerca da constitucionalidade de uma lei e da ausência de um mecanismo que permitisse uma uniformização a esse respeito, não houve absolutamente nenhuma preocupação em relação aos

casos envolvendo leis anteriores à Constituição – casos que padecem exatamente do mesmo problema. Os membros da subcomissão alertaram para o problema de haver entendimentos diversos sobre a compatibilidade de lei com a Constituição vigente à época da sua edição, mas nada disseram sobre o mesmo problema quanto à incompatibilidade entre Constituição e lei anterior.

Esse ponto tampouco foi ventilado pela doutrina ao tratar daquela competência do Senado. Algumas hipóteses poderiam ser levantadas para compreender essa ausência de debate e preocupação sobre o assunto, como um número escasso de casos envolvendo conflito entre Constituição e direito pré-constitucional, ou ao menos significativamente inferior aos casos de inconstitucionalidade propriamente dita, ou ainda, considerando-se que o número de casos fosse expressivo, a eventual ausência de divergência na resolução do conflito. No entanto, são meras especulações que carecem de qualquer dado concreto. Como é sempre difícil interpretar o silêncio, não será possível explicar por que o tema não foi suscitado a partir de 1934.

Em resumo, verifica-se que as duas alterações introduzidas pela Constituição de 1934 no sistema de controle de constitucionalidade demandavam um posicionamento acerca de uma questão que até então era meramente teórica, sem qualquer consequência de ordem prática. Se adotada a tese da revogação, as leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis não estariam sujeitas à cláusula de reserva de plenário e não poderiam ser suspensas pelo Senado (após decisão do STF reconhecendo a incompatibilidade), ficando à mercê da interpretação de juízes e tribunais, com toda aquela insegurança que decorre de uma revogação tácita (*revogam-se as disposições em contrário...*). Se, por outro lado, adotada a tese da inconstitucionalidade, aquelas leis estariam sujeitas tanto à cláusula de reserva de plenário como à suspensão pelo Senado.

Observe-se, contudo, que essas duas regras trazidas pela Constituição de 1934 justificavam-se por razões distintas. Enquanto a cláusula de reserva de plenário justificava-se a partir do princípio da

presunção de constitucionalidade das leis, a competência atribuída ao Senado justificava-se pela necessidade de se atribuir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Tal diferença deve ser ressaltada porque essas razões que sustentam as referidas regras, se não determinam, ao menos condicionam a tese a ser adotada no que tange ao conflito normativo entre Constituição e direito pré-constitucional. Se a regra da cláusula de reserva de plenário, como visto, só se justifica a partir do princípio de presunção de constitucionalidade das leis, e se as leis anteriores à Constituição não gozam dessa presunção, essas leis não devem estar sujeitas àquela regra. Portanto, a cláusula de reserva de plenário só admite a tese da revogação. Por outro lado, como a competência atribuída ao Senado justifica-se pela necessidade de se conferir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, evitando-se a insegurança jurídica que decorreria da aplicação, por outros órgãos constitucionais, de lei já declarada, pelo STF, “incompatível com a Constituição”, pode-se dizer que essa justificativa está em consonância com ambas as teses (revogação e inconstitucionalidade).

O ponto que pretendo sustentar aqui – considerando-se o propósito inicial de relativizar a importância do argumento histórico – é que a consolidação de um entendimento, tanto doutrinário como jurisprudencial, em favor da tese da revogação pode estar (pois não desconsidero os argumentos teóricos em favor da tese) condicionada aos problemas que foram apresentados ao longo da história constitucional do país. Se a Constituição de 1934 tivesse extinguido o controle difuso de constitucionalidade, de matriz norte-americana, e inaugurado em seu lugar um controle abstrato e concentrado, de matriz austríaca, qual teria sido o entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca do conflito normativo entre a nova Constituição e as leis anteriores a ela? O STF só examinaria a constitucionalidade das leis aprovadas a partir da entrada em vigor da Constituição, excluindo as leis editadas ao longo da República Velha? As respostas são especulativas, inverificáveis e desnecessárias. Talvez até o entendimento fosse o mesmo, o importante é ressaltar que

as reflexões *provavelmente* não seriam as mesmas desenvolvidas na análise da cláusula de reserva de plenário.

A Constituição de 1946 manteve o modelo de controle de constitucionalidade adotado em 1934 e, como se poderia esperar, doutrina e jurisprudência reiteraram o entendimento em favor da tese da revogação. Afinal, mantido o modelo, mantido também o entendimento acerca da questão. A alteração significativa que, ao menos potencialmente, demandaria uma nova reflexão sobre o tema em análise ocorreu em 1965, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 16. Essa emenda à Constituição de 1946 (formalmente em vigor, mas sob o regime da ditadura militar) introduziu no Direito brasileiro a fiscalização abstrata de constitucionalidade, de matriz europeia. A partir de então, ao lado do controle concreto-difuso, haveria um controle abstrato-concentrado a ser exercido pelo STF ao julgar a representação a ser ajuizada exclusivamente pelo Procurador-Geral da República, visando à declaração de inconstitucionalidade¹³ (com efeitos *erga omnes*) de leis federais e estaduais contrárias à Constituição da República. Esse controle abstrato, pela sua natureza e características intrínsecas, proporciona, pode-se dizer, uma segurança a respeito da constitucionalidade do ordenamento jurídico – ao menos em relação à inconstitucionalidade das leis em vigor (já que a representação de inconstitucionalidade, até que se prove o contrário, não foi compreendida, à época, pelo STF nem pela doutrina como uma ação declaratória de constitucionalidade “com sinal trocado”). Nesse âmbito, a adoção de uma ou outra tese da questão em análise (revogação ou inconstitucionalidade) afetaria diretamente o universo de normas jurídicas a serem julgadas, sobre as quais recairia

¹³ A ideia de que o objetivo da ação seria o de *pôr termo a uma discussão em torno da constitucionalidade do ato normativo* é defendida hoje pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, numa espécie de releitura da história do controle abstrato no Brasil. O Ministro, todavia, não aponta nenhum caso concreto que demonstrasse que uma decisão do STF pela constitucionalidade da lei (julgando improcedente a representação ajuizada) implicava o fim da discussão em torno da legitimidade da norma. O Ministro sustenta sua leitura apenas no fato de que o Procurador-Geral da República poderia ajuizar a representação de inconstitucionalidade e posteriormente oferecer parecer pela constitucionalidade da lei impugnada. Daí, contudo, não decorre nem nunca decorreu a conclusão a que chega o Ministro. Sobre o tema, v. Leite (2004, p. 667).

a segurança proporcionada pela declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, admitida a tese da inconstitucionalidade, seria possível a avaliação, em tese, da adequação de todo o ordenamento jurídico com a Constituição em vigor (no caso, a Constituição de 1946); admitida a tese da revogação, a fiscalização recairia somente sobre as leis editadas sob a égide da Constituição de 1946, permanecendo a insegurança em relação a todas as normas aprovadas antes desse período. Considerando-se que já em 1967 foi promulgada¹⁴ uma nova Constituição, pode-se dizer que, admitida a tese da revogação, nem mesmo as leis editadas sob a égide da Constituição de 1946 poderiam, a partir de então, ser objeto de fiscalização abstrata – integrando-se ao já extenso universo de normas excluídas da segurança proporcionada por esta forma de controle.

Como demonstrou o Ministro Brossard em seu voto, doutrina e jurisprudência mantiveram o entendimento em favor da tese da revogação, ou, dito de uma forma mais provocativa, aplicaram ao controle abstrato-concentrado o entendimento firmado no controle concreto-difuso. Não pretendo investigar as razões que explicam essa predileção pela tese da revogação – tampouco sugiro alguma fragilidade teórica a seu respeito. Mas alguns fatos objetivos, como o período ditatorial, a doutrina consolidada, a novidade que o advento dessa ação representou, seu caráter excepcional (num regime caracterizado pelo controle difuso) e as consequências, para o STF, que decorreriam da adoção da tese da inconstitucionalidade¹⁵, podem oferecer pistas a serem investigadas para uma melhor compreensão do posicionamento assumido sobre a questão. Afinal, não deixa de ser ao menos sugestivo o fato de que, logo após o fim do regime militar e o advento da democracia, com uma Constituição que valorizou o controle abstrato-concentrado (que já

¹⁴ Diz-se “promulgada” apenas em sentido formal.

¹⁵ Vale lembrar que, com o advento da Constituição de 1967, adotada a tese da revogação, o STF só julgaria em controle abstrato-concentrado as leis editadas a partir de então. Adotada a tese da inconstitucionalidade, o STF poderia julgar a constitucionalidade de todas as leis que integravam o ordenamento jurídico – incluindo as leis do Império!

deixara então de ser novidade), alguns Ministros do STF tenham se posicionado em favor da tese da inconstitucionalidade.

De todo modo, deixo de lado quaisquer outras considerações feitas pelos autores citados pelo Ministro para me ater ao ponto comum a todos eles e que sustenta a sua posição, a saber, o fato de que o conflito entre Constituição e direito pré-constitucional não se enquadra no conceito de inconstitucionalidade (que aqui chamo de *ideia básica de inconstitucionalidade*). O próprio Ministro reforçou esse ponto em diversas passagens de seu voto, a saber:

a tese segundo a qual as leis anteriores à Constituição quando inconciliáveis com esta não são revogadas, mas são inconstitucionais e assim devem ser declaradas através do procedimento adequado, subverte a noção de inconstitucionalidade”.

[...]

A inconstitucionalidade é sempre congênita, e nunca superveniente.

[...]

Pergunta-se agora, como uma lei pode ser inconstitucional ou ilegal senão contrastada com a Constituição vigente ao tempo em que a lei foi elaborada? Como poderia ser inconstitucional ou ilegal em função de uma Constituição inexistente ao tempo em que foi editada?

[...]

A teoria da inconstitucionalidade de lei supõe a existência de uma Constituição que delimite os Poderes do Estado, que fixe as suas atribuições e demarque as suas competências. Se o Poder que faz a lei ultrapassa esses limites, fixados na Constituição, ele procede *ultra vires*, fora de suas atribuições legais, e por isto a lei que fizer será ilegal, quer dizer, inconstitucional. (Referência?)

O raciocínio desenvolvido pelo Ministro é claro e, em seus termos, convincente: se o conceito de inconstitucionalidade é a ideia básica desenvolvida pelo *federalista* Alexander Hamilton e pelo *justice* John Marshall, se a lei inconstitucional é aquela que foi *aprovada* em desacordo

com a Constituição, devendo assim ser considerada nula *ab initio*, com efeitos, portanto, retroativos, como se nunca tivesse existido, então uma lei posterior à Constituição (ou a uma emenda constitucional) e com ela incompatível não poderia ser considerada inconstitucional. Resolve-se o problema por simples exclusão: *não é* hipótese de inconstitucionalidade. Contudo, resolver o problema por essa via seria, de certa forma, o mesmo que negá-lo. Se a questão merece ser qualificada como “polêmica” é porque esse raciocínio, embora claro, lógico e coerente, não se revela plenamente satisfatório para pôr termo ao debate. E o que parece tornar insatisfatório esse entendimento, tão simples em seus fundamentos, é a forma estrita como concebe e equaciona a relação entre Constituição e ordem jurídica, e todas as consequências daí decorrentes. Aliás, são justamente as consequências que impõem uma compreensão mais ampla da relação entre Constituição e ordenamento jurídico vigente, colocando em igual ou semelhante nível de importância a análise da constitucionalidade das leis posteriores e da recepção das leis das leis anteriores, conferindo-se um sentido amplo à expressão “estar de acordo com a Constituição”.

Colocar a questão nesses termos implica reconhecer que a admissão do controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição decorre de uma escolha político-jurídica, e não de um raciocínio lógico-jurídico. E permite compreender por que países como Portugal, Espanha, Alemanha e Itália, por exemplo, admitem que o direito pré-constitucional seja objeto de controle de constitucionalidade, sendo descabido um juízo, sob um ponto de vista jurídico, sobre o acerto ou erro dessa decisão.

Não deve causar estranheza, a propósito, o fato de que o Ministro Brossard, ao longo de seu extenso voto, não fez absolutamente nenhuma consideração sobre a experiência de controle de constitucionalidade em outros países, o que seguramente afetaria a sua premissa sobre a *ideia básica de inconstitucionalidade*.

Ainda em relação ao que *não foi dito* em seu voto, é no mínimo curioso o pouco espaço que o Ministro deu à tese kelseniana de

anulabilidade da lei inconstitucional, que atribui à declaração de inconstitucionalidade efeitos *ex nunc* – o que pode ser ilustrado nas seguintes passagens de seu voto:

Segundo a doutrina consagrada, é *ex-tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade. [...]

[a lei inconstitucional] O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso o seu efeito *ex tunc*.

Como poderia falar em efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei anterior à Constituição, se ele coubesse, se ele não fosse, como é, um contra-senso? Ou teria de ser *ex nunc*?

Teria de admitir-se dois tipos de inconstitucionalidade, um a produzir efeitos *ex tunc* outro a produzir efeito *ex nunc*. (Referência?)

O Ministro argumentou que uma lei editada sob a égide da – e de acordo com a – Constituição de 1967, mas que fosse incompatível com a Constituição de 1988, seria sucessivamente constitucional e inconstitucional. Segundo ele:

se ela fosse rigorosamente constitucional até 5 de outubro de 1988, e tivesse se tornado inconstitucional a partir dessa data, ou seja, quando promulgada a vigente Constituição, o efeito da declaração de inconstitucionalidade não poderia ser *ex tunc*, teria de ser *ex nunc*. [...]

A posição em causa, que pretende sustentar que a lei anterior à Constituição e com ela incompatível, não é revogada pela Constituição superveniente, mas é inconstitucional em relação a ela, leva a absurdos sucessivos. (Referência?)

O que tornam curiosa a argumentação do Ministro são justamente essas ausências sentidas sobre direito comparado e a relativização da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional, pois, com o

fim de defender uma posição, assume como absurda – sem dizê-lo expressamente – a posição adotada por outros países a respeito do mesmo tema. O Ministro também faz pouco caso da ideia de uma lei *tornar-se* inconstitucional, e que hoje está positivada na Lei Federal nº 9869/99, que regula o processo e julgamento da ADI e da ADC.

Outro ponto destacado pelo Ministro Brossard – embora ainda relacionado à ideia básica de inconstitucionalidade, apontada no início deste trabalho – refere-se à legitimidade da atuação do legislador no momento da aprovação da lei (originariamente constitucional). O Ministro colocou em foco a ideia de “limitação do Poder Legislativo”, que é inerente ao *judicial review*, como enfatizado por Marshall e também por Hamilton. É certo que não há qualquer reparo a ser feito nessa relação entre limites constitucionais como causa e inconstitucionalidade da lei como consequência. A questão que se coloca – e que justifica a polêmica – é saber se a inconstitucionalidade é uma consequência de outra(s) causa(s). Nenhum sistema constitucional coloca em questão a ideia básica de inconstitucionalidade como decorrência da inobservância de limites e condições impostos pela Constituição, por outro lado, nem todos restringem a inconstitucionalidade exclusivamente a esta relação causal. Em outros termos, afirmar que a atuação do legislador fora dos limites constitucionais gera a inconstitucionalidade da lei é um fato, mas afirmar que a inconstitucionalidade de uma lei só pode decorrer da inobservância de limites constitucionais pelo legislador parece mais uma opção se considerarmos a questão do direito pré-constitucional à luz de outros sistemas – o que o Ministro Brossard, talvez por conveniência, não fez. Segundo ele:

A teoria da inconstitucionalidade supõe sempre e necessariamente, que a legislação, sobre cuja constitucionalidade se questiona, seja posterior à Constituição. Porque tudo estará em saber se o legislador ordinário agiu dentro de sua esfera de competência ou fora dela, se era competente ou incompetente para editar a lei que tenha editado. (Referência?)

Circunscrever o conceito de inconstitucionalidade dessa forma põe em relevo o aspecto *subjetivo* de atuação e responsabilização do legislador, como se nota nas afirmações de que o legislador não poderia observar constituição inexistente no tempo em que elaborou a lei nem poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas, ou ainda que:

Mesmo que o legislador fosse vidente, e tivesse a antevisão do que iria acontecer, e de antemão soubesse que uma Constituição com tais ou quais preceitos viria a ser promulgada, mesmo assim não lhe poderia obedecer, por estar sujeito aos preceitos termos da Constituição vigente, à qual deve fidelidade, não podendo transpor os limites traçados à sua ação, visto que 'a lei tem os seus poderes confinados pela Constituição' (Rui B.)

Essa delimitação conceitual adotada pelo Ministro, no entanto, lança à sombra o elemento mais *objetivo* da incompatibilidade do ordenamento jurídico com a ordem constitucional, que simplesmente releva a questão da responsabilidade política de quem aprovou a lei – que foi, a propósito, o aspecto mais explorado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto divergente.

Em linhas gerais, esses são os fundamentos que sustentam a jurisprudência do STF, pois os demais Ministros que formaram a maioria afirmaram acompanhar o relator (exceção talvez do Ministro Moreira Alves, que, por ter enfrentado as críticas do Ministro Sepúlveda, acabou elaborando um voto superior em seus fundamentos).

2 Argumentos a favor da revisão do precedente

A revisão da jurisprudência firmada pelo STF a partir do voto do Ministro Brossard, deve considerar necessariamente as críticas feitas pelo Ministro Sepúlveda Pertence no voto que abriu a divergência naquele julgado. E isso porque o Ministro Pertence conduziu a questão a outro nível de análise e discussão ao reconhecer que eram válidos os argumentos do Ministro Brossard e, portanto, válida a tese da

revogação. Mas isso não significava que seria a única tese válida. Não pretendia contestar os argumentos contrários à sua posição, apenas “demonstrar que a tese da inconstitucionalidade superveniente não é (e está longe de ser) absurda. E resiste bem às críticas mais ferozes que lhe tem sido assestadas.” Colocada a questão dessa forma, não se tratava mais de identificar a tese correta, mas a melhor para a nossa realidade. Esse caráter mais pragmático de seu posicionamento ficou claro desde o início, quando afirmou que, no processo de ADI, recusar a via da ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a nova ordem constitucional seria demitir o Supremo Tribunal de uma missão e de uma responsabilidade que são suas, intransferivelmente suas. E ainda de forma mais explícita ao admitir que prefere a inconstitucionalidade à revogação por entender que a consequência básica de sua adoção – o cabimento da ação direta – é a que serve melhor às aspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Afinal, mantida a ideia de revogação, nem mesmo uma decisão do Supremo Tribunal Federal, despida de força vinculante *erga omnes* (valendo acrescentar ao voto do Ministro que essa decisão não poderia ser encaminhada ao Senado, para fins do disposto no art. 52, X, CRFB), iria encerrar as contradições entre juízes e tribunais na aplicação das leis anteriores à Constituição.

Em termos bem simples, pode-se dizer que o propósito do Ministro Sepúlveda Pertence não era perguntar *por que a tese da revogação* (já que seus fundamentos são válidos e consistentes), mas indagar *por que não a tese da inconstitucionalidade superveniente?* Se o argumento fosse o de que esta tese seria absurda, valeria ao menos o conforto de estarmos bem acompanhados, pois, como lembrou o Ministro, é esse o entendimento dominante no Direito Comparado. Deixando de lado uma análise pormenorizada dos países citados pelo Ministro – Itália, Alemanha, Espanha e Portugal –, é possível identificar um ponto comum nesses casos: todos, de alguma forma, deixaram em segundo plano o problema teórico-conceitual a respeito dessa zona cinzenta que é o conflito normativo entre Constituição e direito pré-constitucional,

privilegiando os valores alcançados com a permissão de que as leis anteriores à Constituição sejam objeto de controle abstrato.

Assim agiu a Corte Constitucional italiana já em sua primeira sentença, reconhecendo que o referido conflito normativo seria hipótese de *ilegitimidade constitucional*, e não revogação (ainda que antes dessa sentença do tribunal tenha ocorrido um intenso debate doutrinário a respeito da questão)¹⁶. Da mesma forma, o Tribunal Constitucional alemão, que reconheceu sua competência para resolver esse conflito em sede de controle abstrato – embora não possa fazê-lo em arguição incidente (controle concreto, porém concentrado), quando a questão deve ser decidida pelo juiz competente da causa¹⁷. O Tribunal Constitucional espanhol, segundo o Ministro, adotou uma *solução marcadamente pragmática*: diante da frequência dos casos de incompatibilidade patente e indúvidosa da lei antiga com a nova ordem constitucional, e “para obviar, em tais casos, a delonga da suspensão do processo, a Corte da Espanha deixou ao juiz ordinário da causa a possibilidade de decidir, de logo, a questão, incidentemente, e, só em caso de dúvida, suscitar perante o Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade superveniente”¹⁸. No caso de Portugal, o próprio texto constitucional, ao tratar da fiscalização abstrata da constitucionalidade, estabeleceu expressamente que a inconstitucionalidade poderia ocorrer por infração à norma constitucional posterior, hipótese em que “a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última” (art. 282, 2)¹⁹.

Talvez por conta da forma peculiar como ocorre o processo decisório no STF – peculiar, se comparado ao modo como decidem as Cortes Constitucionais –, marcado por uma ausência de diálogo, de deliberação e de confronto de argumentos, tornando o tribunal brasileiro

¹⁶ Sobre o tema, v. Cleve (1995, p.153).

¹⁷ Sobre o tema, v. Mendes (1996, p. 106).

¹⁸ Sobre o tema, v. Enterría (1985, p. 94).

¹⁹ Constituição da República Portuguesa, art. 282, 2. “Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.” Sobre o tema, v. Canotilho (1989, p. 837).

um corpo de “juízes solistas” (MENDES, C., 2012, p. 54), esses pontos levantados pelo Ministro Sepúlveda Pertence foram ignorados pelos Ministros que formaram a maioria, os quais se limitaram a acompanhar o relator – à exceção do Ministro Moreira Alves. Contudo, a “réplica” feita pelo Ministro Moreira Alves parece ter confirmado o ponto de sustentação da posição defendida pelo Ministro Pertence. De fato, após analisar os problemas e as dificuldades que decorreriam da não adoção da tese da inconstitucionalidade pelos tribunais europeus citados pelo Ministro Pertence, o Ministro Moreira Alves afirmou que essas soluções díspares se baseiam mais no pragmatismo político de preservação da competência das Cortes Constitucionais do que em considerações de ordem teórica, e, ao concluir seu voto, deixou claro que suas considerações a esse respeito visavam

afastar de nosso sistema jurídico posições que podem justificar-se com a relação a cortes constitucionais do tipo europeu por pragmatismo político decorrente de seus sistemas de controle concentrado de constitucionalidade, mas que não se compadecem com o nosso sistema misto.

Diante desse quadro, destaco dois pontos que parecem ter sido centrais²⁰ na posição que prevaleceu no julgamento da ADI 2: (i) lei anterior à Constituição não pode ser considerada inconstitucional porque o legislador não poderia observar constituição inexistente no tempo em que elaborou a lei (Ministro Brossard), nem poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas (Ministro Brossard) e (ii) a admissibilidade da fiscalização abstrata de direito pré-constitucional que em países europeus decorre de solução pragmática para problemas decorrentes do controle concentrado lá adotado, não se justificando no Brasil, onde há também o controle difuso.

²⁰ Deixo de lado o argumento histórico, de que a posição pela tese da revogação segue a orientação de “antiga e numerosa jurisprudência” do STF, seja pelas razões já apontadas no tópico anterior, seja porque o próprio relator assumiu que “o STF pode mudar de orientação acerca da tese”, o que permite concluir que não se trata de um ponto central.

Se esses são os pontos centrais que sustentam a posição do STF na ADI 2, entendo que a posição do tribunal deve ser revista, ao menos em seus fundamentos. Começo pelo segundo ponto, levantado pelo Ministro Moreira Alves para contestar os argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence. O Ministro Moreira Alves não deslegitima o recurso ao pragmatismo como forma de solucionar os problemas que decorrem do conflito entre Constituição e direito pré-constitucional no plano da fiscalização abstrata. Seu argumento é o de que o Brasil não precisa, como os países europeus citados, recorrer a uma solução pragmática, num suposto sacrifício teórico-conceitual, pois dispõe de um controle concreto-difuso de constitucionalidade. Esse argumento, contudo, só faz sentido se aceitarmos que o controle concreto-difuso realmente resolve os problemas relativos ao conflito entre Constituição e direito pré-constitucional. Para contestar essa ideia, convém frisar que, embora de matriz norte-americana, o controle concreto-difuso brasileiro adquiriu contornos próprios e, com isso, problemas próprios. No modelo norte-americano, uma decisão da Suprema Corte que resolve conflito entre lei e Constituição tem, na prática, eficácia *erga omnes*, pouco importando se a lei é anterior ou posterior à norma constitucional. Se a Constituição brasileira adotasse o modelo norte-americano, o argumento do Ministro Moreira Alves faria sentido, mas ainda assim restaria um problema: a efetividade da Constituição frente às leis anteriores a ela dependeria de casos que chegassem ao STF, o que é um limitador que não se deve ignorar. Pode-se argumentar que, a partir da entrada em vigor da lei nº 9.882/99 (ADPF), esse problema diminuiu consideravelmente, já que a lei admite que atos normativos anteriores à Constituição sejam objeto de ADPF, cuja decisão tem eficácia *erga omnes*. Esse fato, contudo, conduz ao primeiro ponto (i) destacado anteriormente.

Se o fundamento para impedir que a lei anterior à Constituição seja objeto de ADI é o de que o legislador não poderia observar constituição inexistente no tempo em que elaborou a lei nem poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas, como seria possível sustentar que o legislador poderia descumprir preceito fundamental de Constituição inexistente no tempo em que elaborou a

lei e que “só mais tarde viria a ser promulgada? A contradição aqui é explícita e dispensa maiores considerações. Se o STF reitera, como de fato o faz, o precedente firmado na ADI 2, é porque concorda com seus fundamentos, de modo que, por dever de coerência, deveria declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9882/99. Afirmar que tal revogação seria uma espécie de retrocesso, até pelo fato de algumas ações julgadas pela Corte (como as ADPFs nº 54 e 130) terem excluído de nosso ordenamento jurídico leis ou interpretações de leis anteriores à Constituição de 1988, só reforça a crítica ao ponto (ii), pois revela que, de fato, o nosso sistema apresenta sim problemas que justificam uma solução pragmática.

Outro argumento que, por uma questão de coerência, impõe a revisão da posição assumida pelo STF refere-se ao cabimento de Recurso Extraordinário “quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado” (art. 102, III, b, CRFB) *anterior à Constituição!* Nos casos concretos em que surge incidentalmente conflito entre Constituição e lei federal anterior a ela, o STF admite o Recurso Extraordinário, deixando de lado toda a argumentação teórica a respeito do conceito de inconstitucionalidade. Como observou Mendes (2012, p. 150):

para os fins de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade, e não de mero conflito de normas a se resolver com aplicação do princípio da *lex posterior*.

Nesses casos, a um só tempo, o STF abandona os dois pontos centrais da posição que prevaleceu na ADI 2, pois não levanta objeção ao fato de que (i) o legislador federal não poderia observar constituição inexistente no tempo em que elaborou a lei e (ii) adota uma solução bastante pragmática para o fato de que, se não admitisse o Recurso Extraordinário, a interpretação constitucional ficaria a cargo das

instâncias inferiores. Revela, assim, o STF que, na prática, a teoria é outra.

Conclusão

Têm razão Barroso (1996, p. 77) e Mendes (2012, p. 146) quando afirmam, respectivamente, que, nessa discussão travada no julgamento da ADI 2, “uma e outra correntes têm bom substrato doutrinário” e “contêm bons argumentos aptos a legitimar qualquer das possíveis conclusões”. Isso não impede que uns argumentos sejam melhores que outros.

A tese da revogação, irrepreensível na teoria, compromete significativamente a eficácia plena da Constituição na prática (CLEVE, 1995). Esse calcanhar de Aquiles da tese foi ignorado no voto do relator e diminuído no voto do Ministro Moreira Alves, mas de forma pouco convincente. A recusa à solução pragmática, que seria a tese da inconstitucionalidade, adotada por diversos países europeus, só se justificaria se o Brasil não tivesse problemas a serem solucionados a respeito dessa questão. Se o STF adotasse um modo de decidir de uma Corte deliberativa, ele deveria ter sido um ponto a ser resolvido pelos Ministros: afinal, o sistema constitucional brasileiro apresenta um problema envolvendo incompatibilidade das leis com Constituição posterior que justifique uma solução pragmática?

Justificar uma resposta negativa a essa pergunta a partir da ideia de que o Brasil, diferentemente dos países europeus citados, adota um modelo misto de controle de constitucionalidade (concreto-difuso e abstrato-concentrado), no qual juízes e tribunais podem, no exame dos casos concretos, resolver conflito entre lei e Constituição, seja esta anterior ou posterior àquela, não é um bom argumento. Nessas situações, a solução para o conflito normativo, mesmo quando resolvido pelo STF, restringe-se ao caso concreto, não podendo sequer ser encaminhada a decisão ao Senado para que este confira eficácia *erga omnes*. Recusar a tese da inconstitucionalidade significaria, portanto,

abrir mão da possibilidade de trazer a segurança jurídica a respeito da validade de leis anteriores ou até *muito anteriores* à Constituição de 1988, editadas em períodos longínquos e a partir de outros valores, deixando esta avaliação sujeita à apreciação de juízes e tribunais e apenas nos casos levados a estes (sem a ilusão de que este universo abrangeria todos ou mesmo a maioria dos destinatários das leis). Difícil sustentar que esse quadro não gera um problema que justificaria uma solução pragmática válida.

Além disso, como demonstrado, há uma contradição por parte do STF no modo como afirma recusar a solução pragmática em prejuízo da teoria, mas quando se trata de Recurso Extraordinário envolvendo exatamente o mesmo conflito normativo, deixa de lado a ortodoxia teórica para adotar uma postura pragmática. Resolver essa contradição impõe ao STF uma dentre as seguintes posturas: (i) adotar a tese da inconstitucionalidade ou (ii) declarar a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, I, da lei nº 9882/99.

A adoção da tese da inconstitucionalidade parece a melhor postura a ser adotada pelo STF. Até porque uma argumentação que praticamente despreza os efeitos para a máxima eficácia da Constituição destoa do rumo tomado pelo Direito Constitucional nos anos que se seguiram, revelando certo anacronismo do precedente no cenário atual.

Não se ignora que a adoção da tese da inconstitucionalidade implicaria um aumento (talvez) expressivo de ações a serem julgadas pelo STF. E seria mais fácil aceitar a posição adotada pelo STF se esse argumento pragmático (consequencialista) fosse explicitado pelo tribunal. Seria mais sincero e resolveria de certa forma a contradição apontada em relação ao cabimento da ADPF em relação ao direito pré-constitucional. Mas não foi o que ocorreu na ADI 2. Portanto, se o número potencial de ações a serem julgadas pelo tribunal for efetivamente um impedimento à adoção da tese da inconstitucionalidade, ainda assim o STF deve rever sua jurisprudência – nesse caso, não no resultado, mas em seus fundamentos.

Referências

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. **Elaborando a constituição nacional**: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Brasília: Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

HERANI, Renato Gugliano. **Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

LEITE, Fábio Carvalho. **1891: a matriz político-institucional da República no Brasil**. 2002. 218p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2002.

_____. ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta (revista). In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (Org.). **Tratado de direito constitucional**: Constituição no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. II. p. 656-685.

MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana et al. (Org.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012. p.53-74.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Controle abstrato de constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO: comentários à lei 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECK, Melina Breckenfeld. **Constitucionalização superveniente?**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal - 1891-1898: defesa das liberdades civis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t. I.

Data de recebimento: 13/01/14

Data de aprovação: 05/06/14