

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Carlos Roberto Lima Paganella

**AS BASES TEÓRICAS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
SUAS COMPETÊNCIAS PARA EXAME E REJEIÇÃO NO BRASIL**

Porto Alegre
2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Carlos Roberto Lima Paganella

**AS BASES TEÓRICAS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUAS
COMPETÊNCIAS PARA EXAME E REJEIÇÃO NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração em Direito do Estado e Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Porto Alegre
2007

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Luís Afonso Heck pela dedicação e seriedade com que pratica sua orientação, a quem tributo profunda admiração pela amizade que resultou das discussões surgidas nas suas aulas e na elaboração deste trabalho, bem assim, pela honestidade com que trata, abnegadamente, o estudo científico do Direito, tarefa na qual vislumbra um caminho possível para a humanidade.

Agradeço, também, a Ana Maria Dickow Paganella, minha mulher, e às pequenas Victória Dickow Paganella e Catharina Dickow Paganella, que sempre estão ao meu lado e souberam compreender minha ausência de seu convívio paterno.

Aos meus pais, Luiz Valdir Paganella e Jane de Lima Paganella pelo apoio, incentivo e confiança, pois deles recebi o ensinamento de respeito ao outro e que o saber justifica-se somente em função de um mundo melhor para todos.

RESUMO

No presente trabalho é desenvolvida uma análise sobre a origem e evolução do controle difuso de constitucionalidade no Brasil até a Constituição de 1988, quando o controle de normas passou a ser predominantemente concentrado, como forma de garantia da existência da própria Constituição. Nossa dogmática constitucional, contudo, não desenvolveu uma pré-compreensão para o adequado aperfeiçoamento das insuficiências que apresenta nosso controle difuso de normas, especialmente quanto às instâncias com competência para exame e rejeição de normas, onde a descentralização do poder de reprovar atos normativos erige-se em embaraço à unidade normativa desejada na ordem jurídico-constitucional brasileira. Nesta demonstração, são realizadas conexões com o papel do STF e os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade, no equilíbrio entre as funções de Estado, sugerindo-se uma mudança de base teórica para a jurisdição constitucional brasileira, respaldada na teoria da nulificabilidade de Hans Kelsen e não mais na nulidade plena e retroativa concebida pelos norte-americanos. Também é abordado o papel do Senado Federal e sua competência constitucional de controle compartilhada com o STF, incluindo-se tópico sobre a súmula vinculante, onde são descritos pontos de contato com a situação atual do controle difuso de normas.

RÉSUMÉ

Le présent travail porte sur l'analyse de l'origine et de l'évolution du contrôle diffus de constitutionnalité au Brésil jusqu'à la Constitution de 1988, lorsque le contrôle de normes devint principalement concentré, comme forme de garantie de l'existence de la Constitution elle-même. Néanmoins, notre dogmatique constitutionnelle n'a pas développé d'entendement préalable pour le perfectionnement adéquat des insuffisances que présente notre contrôle diffus de normes, en particulier en ce qui concerne les instances compétentes pour examiner et rejeter des normes, où la décentralisation du pouvoir de rejeter des actes normatifs s'érige empêchant l'unité normative souhaitée dans l'ordre juridico-constitutionnel brésilien. Cette étude établit des liens entre le rôle de la Cour Suprême Fédérale (*Supremo Tribunal Federal*, STF) et les effets de ses décisions d'inconstitutionnalité dans l'équilibre entre les fonctions d'État, et suggère un changement de base théorique pour la juridiction constitutionnelle brésilienne, basée sur la théorie de la possibilité d'annulation de Hans Kelsen et non plus sur la nullité pleine et rétroactive conçue par les Nord-américains. Sont également abordés le rôle du Sénat Fédéral et sa compétence constitutionnelle de contrôle partagé avec le STF, y compris le topique sur le précédent jurisprudentiel, où sont décrits des points de contact avec la situation actuelle du contrôle diffus de normes.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
art.	artigo
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CDCCP	Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política
CDT	Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas
CF	Constituição federal
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
dec.	decreto
dec.-lei	decreto-lei
DJU	Diário de Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
HC	HABEAS CORPUS
Inc.	Inciso
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
JTSE	Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral
LICC	Lei de introdução ao Código Civil
MI	Mandado de Injunção

Min	Ministro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
n.	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p	Página
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
Proc. adm.	Processo administrativo
recl.	reclamação
RDA	Revista de Direito Administrativo
RDP	Revista de Direito Público
RDPC	Revista de Direito Processual Civil
RE	Recurso Extraordinário
RF	Revista Forense
repr.	Representação
RESP	Recurso Especial
RIAB	Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros
RIL	Revista de Informação Legislativa
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RP	Revista de Processo
RPGESP	Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo
RTDP	Revista Trimestral de Direito Público
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
ss	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRICO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL	13
2.1 Constituição de 1824.....	13
2.2 Constituição de 1891.....	15
2.3 Constituição de 1934.....	23
2.4 Constituição de 1937.....	29
2.5 Constituição de 1946.....	33
2.6 Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.65 à Constituição de 1946.....	37
2.7 Constituição de 1967/69.....	38
2.8 Constituição de 1988.....	40
3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	43
4 CONTROLE NORMATIVO	57
5 A FORMA BRASILEIRA DE CONTROLE NORMATIVO	62
6 O MODO DE EFETIVAÇÃO DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO:	65
6.1 Controle Concentrado.....	68
6.2 Controle Difuso.....	79
6.2.1 Controle Difuso como Garantia da Normatividade da Constituição?.....	83
6.2.2 As Competências para Guarda da Constituição como Garantias da sua Normatividade.....	85
6.2.3 Requisitos Procedimentais no Controle Difuso.....	90
6.2.4 O Papel do Senado Federal. Natureza Jurídica e Efeitos de seu Ato de Suspensão.....	99
6.2.4.1 Natureza Jurídica da Resolução do Senado Federal.....	101
6.2.4.2 Efeitos da Resolução. Retroatividade.....	105
6.2.4.3 Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?.....	109
6.2.5 A Força de lei e o Efeito Vinculante nas Decisões do Supremo Tribunal Federal.....	117
6.2.6 Procedimento Prévio como Requisito de Garantia do Controle Normativo.....	131
7 SÚMULA VINCULANTE	144
7.1 Histórico. Precedentes no Direito Brasileiro Infraconstitucional.....	145
7.2 Objeto da Súmula.....	150
7.3 Característica de Norma Geral do Poder Judiciário. Direito Jurisprudencial em Cotejo com o Direito Legislativo.....	152
7.4 Súmula Vinculante. Efeito Vinculante e Efeitos Transcendentes.....	157
7.5 Similitude com o <i>Stare Decisis</i> ?.....	162
8 NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	167
8.1 Teoria da <i>Nulidade Ab Initio dos Atos Inconstitucionais</i> (“Void Ab Initio Theory”).....	168
8.2 Limites À Eficácia <i>Ex Tunc</i>	181
8.3 Teoria da Nulificabilidade.....	192
8.4 Sentido Subjetivo e Objetivo da Nulidade como Princípio Constitucional.....	203

8.5 Princípio da Nulidade como Norma Constitucional Imanente?	205
9 UNIDADE NORMATIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	224
CONCLUSÃO	231
REFERÊNCIAS	241

INTRODUÇÃO

A intenção deste trabalho é a demonstração conceitual e sistemática de que, após a Constituição de 1988, onde foi conferido grande ênfase ao controle concentrado da constitucionalidade das normas,¹ inclusive com a possibilidade de suspensão liminar dos atos normativos e ampliação da decisão pela eficácia geral e vinculativa, o controle difuso, na fórmula experimentada pela ordem jurídico-constitucional brasileira, reclama aperfeiçoamento de suas insuficiências, sob risco de, pelo desenho com que atualmente está posto, comprometer-se a justificativa do instituto, haja vista não cumprir satisfatoriamente com sua tarefa de servir como instrumento fundamental de **garantia da existência da própria Constituição** (*Verfassungsbestandsgarantien*).

O eixo da investigação parte, por essa razão, de uma visão histórico-evolutiva da revisão judicial da legislação no constitucionalismo brasileiro, desenhando-se a pré-compreensão dos momentos marcantes em que os institutos dos controles de normas difuso e concentrado foram incorporados em nossa dogmática da jurisdição constitucional. Buscou-se a comprovação metódica e objetiva dos conceitos e afirmações, investigando-se características da estrutura normativa que se erigiram em bases jurídicas da experiência constitucional brasileira, identificando-se pontos, no controle de normas para os casos concretos, como as instâncias para **exame e rejeição**, numa **relação vertical invertida**, que comprometem, em nossa ótica, o princípio da unidade normativo-material da Constituição e, por conseguinte, a sua supremacia hierárquica.

¹ Por razões de conveniência técnica e conceitual e para guardar correspondência com a classificação de Hartmut Maurer, a qual adotamos em nossa exposição (vide item **6.0. Modo de Efetivação do Controle pelo Poder Judiciário**), utilizaremos, no texto, preferencialmente, a terminologia **controle concentrado**, em lugar de controle abstrato, principal, direto ou por ação; e **controle difuso**, para designar o controle concreto, incidental, indireto ou por exceção. O par conceitual **controle difuso ou controle concentrado** tem relação com o órgão ou **tribunal com competência** para realizar a verificação de inconstitucionalidade dos atos normativos, como também, proceder à reprovação de tais atos, tema que constitui, praticamente, o cerne das discussões que virão à tona no trabalho ora apresentado. Quando empregarmos os termos sinônimos referidos, é porque guardam fidelidade a referências utilizadas por terceiros (autores diversos, julgados, diplomas legislativos, etc.). Esboçamos uma classificação

A obtenção de uma pré-compreensão, debruçando-se sobre a influência do constitucionalismo americano e o surgimento de alguns institutos do controle normativo peculiares somente ao nosso modelo de jurisdição constitucional, como o papel do Senado Federal na suspensão da eficácia de normas,² coloca em questão o equilíbrio entre as funções de Estado, relativamente à distribuição constitucional de competências e a tarefa de correção da atividade legislativa para adequação à Constituição, por um tribunal constitucional ou tribunal supremo de revisão, como é nosso caso, com o STF. Veremos que a prática jurisprudencial desse Tribunal, muitas vezes, a exemplo dos efeitos vinculantes da *ratio decidendi* conferidos a partir de julgamentos no controle difuso, transforma-o, praticamente, em Órgão cuja competência é dirigida para o mesmo espaço onde dá-se a criação de direito legislativo.

A concepção a ser adotada parte do pressuposto de que a Constituição tem efetivo caráter de norma jurídica, necessitando ela do ministério do jurista, em análise técnico-científica que seu conteúdo impõe para viger, ter aceitabilidade, respeito e apreço pelos cidadãos, quer dizer, sua validade encontrará no aparato do Direito o instrumento apto a outorgar-lhe legitimidade.³ Valem, neste caso, as advertências de Hans Kelsen do quanto se justifica a busca de uma separação mais rigorosa possível entre conhecimento científico e juízo de valor político, “pois todo o valor da ciência – em função do qual a política procura sempre ligar-se a ela, e justamente pelos melhores motivos éticos, porque no interesse de algo tido como bom – esse valor, que é um valor intrínseco, de todo distinto daquele outro ético-político, não resiste se a ciência, dentro desse conflito quase trágico para ela, não tiver a força de subtrair-se à sedutora união com a política.”⁴ Procurou-se, pois, emprestar ao trabalho o fio condutor de que Direito e Política, ao invés de confundirem-se, complementam-se um ao outro.

Pode-se afirmar que a questão metodológica de partir-se da pré-compreensão da Constituição como sistema de normas, voltada ao tema específico proposto, não compromete a

procurando critérios que permitam o agrupamento seletivo em torno de **modelos** lógico-universais e **tipos** variantes de controle normativo no sub-item **6.1 (Controle Concentrado)**, para onde remetemos o leitor.

² Vide item **6.2.6 (Procedimento Prévio como Requisito de Garantia do Controle Normativo)**.

³ Cf. Konrad Hesse a **aceitação** sobre as normas de conduta humanas assenta-se na concórdia fundamental sobre a dação de conteúdos da ordem jurídica e importa o reconhecimento de sua obrigatoriedade e também aprovação: “Esse consenso fundamental garante não necessariamente “exatidão”, porém, sim, a existência duradoura da ordem jurídica. Onde ele falta, coação autoritária pode ocupar o seu lugar; ordem assegurada, considerada como legítima e, por isso, como dada, ele não é capaz de fundamentar” (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, número de margem 15, p. 37).

⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional: quem deve ser o guardião da constituição?** Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 298.

consideração de que se tenha uma postura aberta e construtiva para a ordem de valores que o contexto do regime democrático-constitucional exige para legitimação operacional do controle judicial de constitucionalidade.⁵

Assim, há que se registrar o incursionamento, nos tempos atuais, de verdadeira **crise da teoria velha sobre o controle difuso de normas** no direito brasileiro, de nossa sistemática dogmático-constitucional incidental, carecendo, portanto, a estrutura interna lógica desse modelo atinente às ciências do espírito, de uma reestruturação científica, valendo lembrar que uma teoria deve possuir um potencial de predição tão grande quanto possível e um âmbito de emprego tão grande quanto possível, não merecendo ser aceita quando começa a se opor à experiência jurídica e que:

Enquanto não há motivo de pôr em dúvida a teoria-quadro tradicional será conveniente deixar-se guiar por conservadorismo e modéstia como máximas. Poderia denominar-se isso como as virtudes cardeais do cientista normal. Logo que, todavia, a teoria velha entrar em uma crise irá ocorrer em geral que revolucionários científicos criem um novo quadro e que esse irá impor-se. Em um tal caso, as virtudes mais antigas do conservadorismo e da modéstia são abatidas por ambos os outros sinais de qualidade da simplicidade maior e do âmbito de emprego maior.⁶

Certamente, o fio vermelho traçado não escaparia a uma colisão frontal com a opinião de operadores do direito que entendem ser o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e dos atos normativos no Brasil, fundamentalmente, difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.

⁵ Cf. HECK, Luis Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 264. Referindo-se ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, mas que em tudo se aplica ao Brasil, a competência ampla conferida pela Constituição permite que esse Tribunal (entenda-se aqui STF), “pelo desenvolvimento dos princípios constitucionais, não somente determina, sob o aspecto da extensão do conteúdo da Constituição, sobretudo no pertinente aos direitos fundamentais, mas ainda atualiza a Constituição, com o que lhe possibilita uma recuperação constante da sua característica como critério normativo supremo, tanto para a ordem jurídica infraconstitucional como para toda a atividade estatal.”

⁶ KRINGS, Hermann; STEGMÜLLER, Wolfgang; BAUMGARTNER, Hans Michael. Método. Tradução Luís Afonso Heck. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 32, jan./abr. 1999. Ver, também, KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira, Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 71-74), sub-item **8.5 (Princípio da Nulidade Como Norma Constitucional Imanente?)**.

2 HISTÓRICO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL

2.1 Constituição de 1824

Com o retorno de Dom João VI a Portugal, cedendo a pressões dos três estados – clero, nobreza e representantes das cidades -, em 1821, foi o príncipe Dom Pedro nomeado regente do governo no Brasil. O propósito de recolonização do Brasil e medidas hostis tomadas pelas Cortes Portuguesas geraram movimentos conspiratórios nas províncias e o povo, em massa, em uma representação de mais de oito mil assinaturas, em 9 de janeiro de 1822, demoveu Sua Alteza, o príncipe regente, de retornar a Portugal, como lhe era exigido, consagrando-se na história seu “fico”. O protetor e defensor perpétuo do Brasil proclamou a Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822 e convocou uma Assembléia Constituinte⁷ em 1823. Devido à desinteligência com a Assembléia e a rivalidades entre brasileiros e portugueses adotivos, neste mesmo ano, dissolveu a Assembléia e criou um Conselho de Estado, encarregando-o de elaborar um novo projeto de constituição. Com base nele, Sua Alteza Real outorgou a *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824.⁸

Na Carta outorgada não se atribuía ao Poder Judiciário a função de resguardar a constitucionalidade das leis. Nosso Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 Juízes Letrados (art. 163 e Lei de 18 de setembro de 1828), não teve, no Estatuto de 1824, qualquer margem para expandir-se, porque a defesa das normas constitucionais não foi a ele confiada, mas ao Poder Legislativo, fixando-se, no art. 15, como atribuição da Assembléia Geral *fazer leis, interpretar-as, suspendel-as, e revogal-as*” (inciso VIII). Durante o Império, o direito brasileiro sofria a influência das concepções em voga na Europa, principalmente da escola revolucionária francesa, onde cabia ao Poder Legislativo (Parlamento) exercer a guarda da Constituição e onde a vontade absoluta das assembleias parlamentares exercia poder ilimitado.⁹ A defesa das regras e princípios constitucionais confiados ao Poder Legislativo, que fazia o “controle” com competência ilimitada, sendo a

⁷ O projeto de estatuto supremo desarmava o soberano; não lhe concedia o poder moderador, nem tampouco o direito de dissolver a Câmara dos Deputados, quando o Imperador, então, não recuou a conceder concessões de seu poder. Vide MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários a Constituição brasileira**. 3. ed. ampl. e posta de acordo com a Reforma Constitucional de 1925-26. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 26.

⁸ CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 8-13.

⁹ “Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral: IX, Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”

Assembléia soberana por delegação do povo soberano, sujeitava, pois, inteiramente o poder judicial. Já se assentou que nessa fórmula, a democracia aparece apenas como um nome, cobrindo as oligarquias demagógicas, deixando ao povo simplesmente a ficção da soberania.¹⁰ Não faltaram, contudo, críticas à atuação judiciária, por ter-se atrofiado, não exercitado com largueza suas prerrogativas, deixando que os outros poderes constitucionais o dominassem, anulando-o.¹¹

Consagrou um governo monárquico unitário, de direito divino, exercido em nome da Santíssima Trindade¹² onde o Imperador detinha o Poder Moderador, exercia função de Chefia do Executivo, e a coordenação para manutenção da independência, equilíbrio e harmonia em relação aos demais poderes políticos (arts. 98 e 112). Uma monarquia hereditária, constitucional e representativa (art. 3º), que atendeu à definição proposta no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹³ O sistema de organização era o do Estado Unitário e as Províncias não detinham poderes ou uma soberania limitada, o que passaram a ter com a Constituição de 1891.

Ao contrário do surto espontâneo da evolução política da época, em direção à federação e à república, com inspiração no exemplo dos Estados Unidos, os apologistas da monarquia recém inaugurada, sustentavam razões provenientes da influência francesa, onde, durante a Revolução Francesa, declarar-se federalista equivalia a apresentar-se candidato à guilhotina. A escolha equivocada do modelo de constitucionalismo imperial se refletiria na próxima Constituição.¹⁴

O traço característico do controle estava na instituição do chamado Poder Moderador (Monarca), que velava para que os poderes não desbordassem de sua órbita comprometendo a harmonia e a finalidade do bem-estar social ao cometerem abusos.

A Constituição monárquica de 1824 expressava genuína experiência política brasileira, assegurando a inviolabilidade de direitos civis e políticos. Nela já figuravam, avançadamente, **direitos sociais** (art. 179), como a garantia de socorros públicos (inc. XXXI), o direito à instrução primária gratuita a todos (inc. XXXII) e a garantia da existência de Colégios e Universidades (inc.

¹⁰ BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, [s.d.], p. 33-34.

¹¹ Vide BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, 1949, p. 27. Fazendo citação de Levi Carneiro.

¹² MAXIMILIANO, **Comentários...**, p. 130.

¹³ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 53.

¹⁴ MAXIMILIANO, op. cit., p. 28, nota 2.

XXXIII). Exerceu influência, com sua declaração de direitos, na elaboração da Constituição de 1891, contudo, sem nesta terem sido reproduzidos os mencionados direitos sociais.¹⁵

Foi a nossa Constituição mais duradoura, com 65 anos de vigência e a primeira que conferiu atribuições neutras de poder ao monarca, separando-se o Chefe de Estado das funções de Governo, baseando-se nas idéias de Benjamin Constant, na Europa, que qualificou o Poder Moderador como “o poder judiciário de todos os outros poderes.”¹⁶

2.2 Constituição de 1891

Após a Constituição Monárquica de 1824, com a Proclamação da República, editou-se o Decreto do Governo Provisório, nº 1, de 15.11.1889, resultante de uma revolta militar que proclamou a república, conhecida como a **Revolução Republicana**, tornando claro que as idéias fundamentais seriam a forma republicana de governo, o sistema presidencial de governo e o regime federativo de Estado¹⁷. O que caracteriza a forma republicana federativa é o fato de procederem do voto popular os poderes legislativo e executivo, contudo, mais que a divisão trinitária dos poderes e a eletividade dos legisladores, é a condição privativa da investidura eletiva do Chefe de Estado que essencialmente distingue a República. Numa monarquia constitucional poderão coexistir as duas primeiras características, mas não a republicanidade do governo com a eleição do Poder

¹⁵ CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional. Direito comparado. Teoria geral do Estado e da constituição. As constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 535.

¹⁶ Observa BITTENCOURT, **O controle...**, p. 28, que existindo um sistema com a **suprema inspeção** de um poder sobre os três poderes, não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso, incluindo na nota 2 o seguinte: “Costuma-se apontar Benjamin Constant como o criador da idéia do referido poder e, realmente, nas suas dissertações foram os elaboradores da Carta de 1824 buscar o sistema que incorporaram àquela, utilizando-se, mesmo, para definir o Poder Moderador – “chave de toda a organização política” – das expressões usadas pelo referido publicista na sua **Politique Constitutionnelle**. Todavia, é esse mesmo autor quem esclarece haver colhido o germe da idéia nos escritos de Clermont Tonnerre.”

¹⁷ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira: comentários**. Rio de Janeiro: Tipografia da Companhia Lito-Tipografia, 1902, p. 6. “**Da República dos Estados Unidos do Brasil**. O decreto n. 510, de 22 de Junho de 1890, publicou a <<Constituição dos Estados Unidos do Brasil>>. O decreto n. 914 A acrescentou, intercalando-as, as palavras <<da República>>. E não deve passar despercebido este título compendioso e insinuativo. A Constituição não se intitulou <<Constituição Federal>>, como a da Suíça, ou <<Constituição da Nação Brasileira>>, a exemplo da <<Constituição para a República Argentina>>. Podia, sem maior inconveniente, ter adoptado qualquer dessas denominações; mas o título é como o vestíbulo do grande edificio constitucional e essa primeira peça que se oferece aos que entram, convém que seja proporcionada e por ella de alguma fôrma possam os que a penetram fazer idéa do que será o interior da contrucção. Este título avisa, instrue e recommenda aos que lerem a Constituição que, no entendel-a e executal-a, é preciso não perder de vista que trata-se de regimen republicano não creado só para os Estados nem somente para a União, mas para a unidade nacional, para o Brasil

Executivo.¹⁸ Cada Estado reger-se-ia pela Constituição que adotasse, sendo-lhe facultado exercer “todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (art. 65, § 2º). Essa matéria gerou muita discussão à época do Projeto de Constituição do Governo Provisório, devido à posição doutrinária dos ultra-federalistas, em defesa da doutrina da soberania dos Estados-Membros.¹⁹ A idéia inicial legitimando a soberania dual entre União e Estados (antigas províncias do Império) veio disposta no Decreto nº 1, de 15.11.1889. Porém, não perdurou no direito positivo federal, consagrando-se a autonomia, e não soberania, dos Estados, com **poderes reservados**. Conforme Raul Machado Horta, autonomia do Estado-Membro é a capacidade de auto-organização no domínio da atividade constituinte e de criação do ordenamento jurídico ordinário, mediante o exercício da atividade legislativa do Estado. A técnica que faculta aos Estados em geral, qualquer poder ou direito que não lhes seja negado, chamada dos **poderes reservados**, pressupõe exaustão dos poderes enumerados, que se desdobram na área dos poderes expressos e no terreno subjacente, de natureza interpretativa, dos poderes implícitos, ainda, a “[...] cláusula explícita ou implicitamente contida nas cláusulas expressas, a que se refere a Constituição de 1891, é, em substância, limitadora dos poderes reservados, pois somente depois de transposta aquela barreira, dotada de eventual expansividade, é que se atingirá o terreno dos poderes reservados.”²⁰ O Governo Provisório regeu unitariamente a Nação brasileira, enquanto não eleito o Congresso Constituinte e legislaturas estaduais e decretou a deposição da dinastia imperial e a abolição do sistema monárquico representativo.

composto de Estados, para os Estados constituindo um só todo, a Nação Brasileira. Deste *conceito superior e fecundo promana tudo o que se contém na obra constitucional de 24 de Fevereiro de 1891.*”

¹⁸ NUNES, Castro. **A jornada revisionista**: os rumos, as idéias, o ambiente. estudo crítico da Constituição. Rio de Janeiro: Almeida Marques, 1924, p. 38 “Da necessidade ou conveniencia da revisão ou emenda da Constituição Federal”.

¹⁹ Os arts. 63 e 65, § 2º, da Constituição de 1891, tiveram a seguinte redação: “Art. 63. Cada Estado reger-se-ha pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitadas os princípios constitucionaes da União.[...] Art. 65. É facultado aos Estados: [...] §2º Em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição.” CAETANO, **Direito constitucional...**, p. 534, p. 534, registra crítica ao modelo, mesmo em face de ter sido afastada a tese da soberania, prevalecendo a autonomia dos Estados, com a técnica enunciativa dos **poderes enumerados**. Refere-se ao art. 65, da Constituição de 1891, anotando que é “compreensível no sistema federal norte-americano, nascido da associação de Estados soberanos, não o é tanto num sistema em que o Estado unitário preexistia, resultando a Federação de uma descentralização de poderes”.

²⁰ HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro**: doutrina, jurisprudência, evolução. Belo Horizonte: 1964, p. 85. Acrescenta o autor que não houve uma interpretação ampla dos poderes constitucionais da União no período de vigência da Carta de 1891, valendo registrar, também, essa passagem: “22. Os poderes reservados foram submetidos a uma revelação constitucional prévia dos poderes enumerados e dos que se acrescentassem a estes por força dos poderes implícitos.

Logo, a intensidade dos poderes reservados, sua maior ou menor importância, irá depender da Constituição Federal, responsável pela extensão do campo presumível daqueles poderes.

A Constituição de 1891 foi particularmente benéfica aos poderes reservados.

A matéria não absorvente dos poderes enumerados e as limitadas restrições à autonomia do Estado-membro, em normas de caráter impreciso, favoreceram o desenvolvimento ulterior dos poderes reservados.” (Ibidem, p. 86).

Com a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891 – **Constituição Republicana** - decerto a mais importante das Constituições Brasileiras, adotaram-se princípios revolucionários para a época, aludidos no parágrafo anterior, os quais permaneceram em vigor até os dias de hoje, a exemplo do que ocorre com o princípio da separação dos poderes e, em decorrência deste, a competência do Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de leis.²¹

O sistema americano de controle de constitucionalidade influenciou fortemente o modelo adotado pelo Brasil para elaboração da primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891. As fontes de onde os constituintes retiraram inspiração foram, antes de tudo, a Constituição dos Estados Unidos da América e, em alguns pontos, as Constituições da Suíça e Argentina, que também já havia importado o modelo norte-americano em 1853. Adveio a concepção da supremacia do Poder Judiciário, com uma Corte Superior a todas as instituições; acima dos demais poderes públicos; sem que nenhuma outra jurisdição existisse sobre a sua, que não a Constituição e as leis que, a seu juízo, forem conformes a ela. Assim, o Supremo Tribunal Federal, criado em 28 de fevereiro de 1891, composto por **quinze ministros**, oriundos dos juízes federais mais antigos, com notório conhecimento jurídico e reputação ilibada, com a condição de serem elegíveis para o Senado (arts. 55 e 56), recebeu, dentre outras funções, a tarefa de conhecer de um **recurso especial de revisão** destinado a promover a reintegração da ordem jurídica constitucional violada.²² A função de guardião da Constituição e da ordem federativa foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Republicana no art. 59, 3, § 1º, letras “a” e “b” e art. 60, letras “a” e “b”.²³

²¹ COUTO E SILVA, Clóvis. As idéias fundamentais da Constituição de 1891. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 55/56, p. 54-60, jul./dez. 1980, p. 54.

²² Cf. CAVALCANTI, **Constituição...**, p. 241: “Não é expressamente consagrado na Constituição dos Estados Unidos N. A. semelhante recurso, mas infere-se de seu art. 3, secç. 2ª, verb.: In all other cases before mentioned, the Supreme Court SHALL HAVE APPELLATE JURISDICTION, tendo sido decidido pela Corte Suprema que a jurisdição de recurso abraça também as causas definitivamente julgadas pelos tribunais dos Estados (Story, Comment. Cit. § 941) [...] D’ahi foi transplantado para nosso direito federal [...]”

²³ ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 15, n. 57, jan./mar. 1978, p.224-225: “**Art. 59** – Ao Supremo Tribunal Federal compete: II – julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; [...]

III – rever os processos findos, nos termos do art. 81.

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

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

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

Art. 60 – *Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar:*

Após a nomeação de uma comissão para elaborar o projeto da Constituição da República, o Governo Provisório, pela mão do então Ministro da Fazenda, Ruy Barbosa, revisou-o e complementou-o refundindo a redação daquele projeto, resultando na Constituição Provisória, de 22.06.1890 (o Decreto n° 510, de 22.06.1890, convocou os colégios eleitorais para eleição do Congresso Nacional de representantes do povo para “julgar” a Constituição e o Decreto n° 914, de 23.10.1890, publicou novo texto governamental da Constituição, art. 58, § 1°) e no Decreto n° 848, de 11.10.1890, pelo qual o Governo Provisório organizou a Justiça Federal (arts. 3° e 9°, parágrafo único), existiam as mesmas bases e a mesma orientação que veio prevalecer na Carta da República de 1891. No preâmbulo do Decreto n° 848, constava que: “O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sabio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.”²⁴ É também Ruy Barbosa quem registra a inescandível adesão do direito constitucional pátrio ao direito americano, sendo este, conforme aquele jusconstitucionalista, **a lâmpada de segurança e foco luminoso, com suas antecedências, suas decisões, seus mestres, sendo a Constituição brasileira filha da Constituição americana**, resultando disso a proposição normativa do art. 387, do Decreto 848/1890: “[...] os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de **common law e equity** serão subsidiários da jurisprudência e processo federal.”²⁵ A Lei n° 221, de 20.11.1894, com

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

b) todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis, regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo governo;”

²⁴ CAVALCANTI, **Constituição...**, p. 222.

²⁵ BARBOSA, **A Constituição...**, p. 18. Mais adiante, na citação ora versada, mesma obra, assenta: “Ora, os americanos, nosso padrão nesse trabalho, que hoje rege o paiz (ao menos nominalmente), sempre se distinguiram por “um profundo apego á liberdade individual e uma desconfiança invencível contra todo poder, fosse qual fosse. Aos seus olhos, as assembléas electivas não offereceriam mais segurança do que um rei hereditário, e o arbítrio de umas não é menos formidável do que o absolutismo do outro. Estava-lhes em mente a lembrança da resistência, que tinham tido que oppôr ao parlamento inglez, em defesa de seus direitos e interesses. Deante delles se erguia a memória do monstruoso egoísmo e da néscia obstinação, com que lords e comuns se avieram por tanto tempo em sua política colonial. E sentimentos tão vivazes não podiam deixar de exercer accentuada influencia na Constituição dos Estados Unidos.” Vale registrar que a referência de Ruy Barbosa às fontes da **common law e equity** demandam um esclarecimento, já que ambos os procedimentos referem-se à distribuição da justiça e remontam, respectivamente, às sentenças judiciais das cortes constituídas pelo rei, na Inglaterra, Tribunais de Westminster (**common law**) e ao direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei (**equity**). Anota SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 37, que: “Em geral, as questões disputadas que pertencem à equidade (equitable issues) são julgadas pelo juiz togado, e as questões que pertencem à Common law (legal issues) são julgadas pelo júri; nos conflitos para determinar se uma questão (issue) é de Equity ou da Common Law, resolve-se como um equitable issue, ou seja, pelo juiz, sem a participação do júri.” Quer dizer, a diferença entre *Common Law e Equity* prende-se mais à classificação dos institutos jurídicos; se pertencem a este ou àquele direito. Depende da matéria, do ramo do direito ao qual o instituto discutido pertine. Ex. matéria criminal, pertence ao *Common Law* e a atuação do *jury* será da sua essência; matéria

fundamental importância para o Direito Público e Processual do País, completou a organização anteriormente dada à justiça federal pelo Decreto nº 848/1890, estabeleceu com clareza definitiva que os juízes e tribunais tinham competência para apreciar a validade das leis e regulamentos, deixando de aplicar leis manifestamente inconstitucionais aos “casos occurrentes” (art. 13, § 10), encontrando-se aí, pois, semente as **primeiras bases normativas do controle difuso** da Constituição no Brasil aos casos *in concreto*. Da questão de constitucionalidade podiam conhecer todos os tribunais do País.

Outra característica do sistema de controle que se implantava era de a inconstitucionalidade não poder ser declarada sob fundamento vago e genérico de que um determinado ato legislativo continha cláusulas opressivas, ou se considerasse que violaria direitos naturais, sociais ou políticos dos cidadãos, ou mesmo princípios constitucionais não expressos, mas era necessário que houvesse um texto constitucional positivado em que repousasse a arguição.²⁶

Acaba influência do controle nos moldes europeus, onde os vícios franceses levaram a confundir a nação ou povo com as assembléias representativas, passando-se a usar indiferentemente a palavra **soberania** quando se referia a ambos, e conduzindo, com isso, ao despotismo e onipotência do corpo legislativo.²⁷ Houve substituição pelas idéias norte-americanas, seguindo-se o princípio da federação onde exsurge o Poder Judiciário como assegurador da forma federativa de Estado (pacto federativo).²⁸ Nele residiria, essencialmente, o princípio federal e da sua boa organização deveriam decorrer os fecundos resultados que se esperavam da República, a qual,

de direito real, aos domínios da *Equity*, onde há a ausência do *jury*. Os precedentes de um não se intercambiam com os de outro. O princípio que domina tanto na Inglaterra como nos EUA é de que a utilização da *Equity* só é possível quando inexistir remédio na *Common Law* (SOARES, **Common...** p. 35).

²⁶ CAVALCANTI, **Constituição...**, p. 225.

²⁷ BARBOSA, **A Constituição...**, p. 30. “Os francezes” (poderíamos dizer os brasileiros) “vêm nas camaras a voz da nação; e, como na póde coarctar a vontade nacional, também nos parece que nada póde limitar a auctoridade legislativa das assembléas. Identificamos o mandatário e o mandante, deplorável confusão, que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, entregando-lhes o paiz á mercê. Para os americanos, ao contrario, a soberania é inalienável; os deputados têm apenas um poder subalterno e derivado; nunca lhes seria dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito nenhum de excederem o mandato por elle conferido. Esse mandato é a Constituição.”

²⁸ MAXIMILIANO, **Comentários...**, p. 130: “É vicioso, embora freqüente, o uso dos dizeres – pacto fundamental, sobretudo no Brasil, onde os Estados não preexistiram á federação, proveio esta de uma nacionalidade cohesa; em vez de combinarem, como na Suíça, as unidades para formar o todo, foi este que se fraccionou em subdivisões autónomas.

A expressão não tem fundamento jurídico. Quer vigore o systema unitário, quer o federal, uno é o Estado, uma a soberania. A Constituição não póde ser um **pacto**; é, ao contrário, um mandamento jurídico, uma **lei**, ou, melhor, a lei suprema, a lei das leis, o acto primogenio do soberano que, na plena autodeterminação da própria competencia, estabelece por que modo e por quem as leis são feitas, dentro de que limites e por que maneira o Governo opera, quaes a fiscalização e as restricções a elle impostas em garantia dos direitos subjectivos do individuo.”

segundo a máxima americana *deve ser o governo da lei* (Decreto 848/1890).²⁹ O sistema de freios e contrapesos são a segurança do regime republicano federativo. A forma adotada para o controle é por via de exceção, ensinando Ruy Barbosa que a inconstitucionalidade “não se aduz como alvo da ação, mas que o ‘remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal,” sendo imprescindível a provocação da parte (art. 3º, Decreto orgânico nº 848, de 11.10.1890) por meio de uma ação onde se identifique a inconstitucionalidade de atos dos poderes legislativo ou executivo, a qual não pode ter a inconstitucionalidade como alvo, mas sim como fundamento do libelo em espécie pretendido.³⁰ É bem verdade, todavia, que os conceitos de federação e de república produziram um resultado bastante diverso em ambos os países.³¹

O exercício da função judicial invocada contra atos inconstitucionais do Congresso ou do Governo obedecia condições necessárias para sua regularidade, tendo Ruy Barbosa, em célebre arrazoado contra atos que exoneraram e reformaram servidores públicos civis e militares, considerada monografia, publicada em 1893, assim resumido aqueles requisitos:

1º que o direito, cuja offensa se accusa, assente em disposição constitucional, si o acto impugnado é do poder legislativo, em disposição constitucional ou legislativa, si o acto acoimado for da administração; 2º que a intervenção judicial seja provocada por interessado; 3º que essa intervenção se determine por acção regular, segundo as formas technicas do processo; 4º que a acção não tenha por objecto directamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira á inconstitucionalidade d’elle apenas como fundamento, e não alvo do libello; 5º que a decisão se circumscreva ao caso em litígio, não decretando em these a nulificação do acto increpado, mas subtrahindo á sua autoridade a espécie em questão; e 6º que o julgado não seja exequindo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, - enquanto o acto não for revogado pelo poder respectivo -, de novas acções, processada cada uma nos termos normaes.³²

²⁹ “Na doutrina americana a noção de forma republicana é antiga, encontra-se no commentario de Madison, repousando no triplice requisito da eletividade das investiduras, da temporariedade das funções públicas e da responsabilidade ligada a essas funções.” A noção de forma republicana para os americanos é de que as leis são feitas pelos representantes do povo e aplicadas por funcionários por ele escolhidos direta ou indiretamente, sendo o critério formal o aferidor da republicanidade do governo, na lição de Cooley: “It will be observed that the constitutional guarantee is simply that the state governments shall be republican in form. Whether or not, under such governments, the popular will is, in actual result, obeyed, is thus irrelevant.” (Tradução livre: “Será observado que a garantia constitucional é simplesmente de que os governos estaduais serão republicanos em forma. Se ou não, sob tais governos, o desejo popular é, em resultado real, obedecido, é assim irrelevante.”) NUNES, **A jornada...**, p. 40-41.

³⁰ BARBOSA, Ruy. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*: trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82 apud MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 760, fev. 1999, p. 14.

³¹ COUTO E SILVA, *As idéias...*, p. 55.

³² BARBOSA, **A Constituição...**, p. 128. A mesma citação é encontrada em CAVALCANTI, **Constituição...**, p. 225. Também do Conselheiro Ruy Barbosa, trabalho publicado na imprensa do Rio de Janeiro, jornal “O Paiz” de 25.02.1892, onde conclui que: “[...] toda contravenção material das formas constitucionaes, authenticamente provada, no processo de elaboração legislativa, vicia e nulifica o acto do legislador. Não assim a simples violação de **formas regimentaes**” (apud CAVALCANTI, op. cit., p. 243).

Também às justiças dos Estados é conferido esse tipo de poder, sendo excluído do recurso extraordinário as sentenças dos tribunais estaduais resolvendo sobre a validade de lei estadual em face da Constituição respectiva. Dessa forma, casos dessa natureza seriam da exclusiva jurisdição estadual e as decisões neles proferidas em última instância, prevaleceriam ante a justiça federal. Porém, em se tratando de declarar nulos e ineficientes atos normativos, por contrários à Constituição Federal, a jurisdição era concorrente entre União e Estados, sendo do STF o poder de revisão também das decisões finais dos tribunais federais ou locais, quando consideravam válidas as leis da União impugnadas como inconstitucionais, ou as desaplicavam quando constitucionais.³³ Nada tão conforme ao regime federativo como decidirem os próprios Estados sobre as controvérsias entre as leis pelas quais se constituíram e suas leis ordinárias, caso contrário, dependendo, até nisso, do governo central, os Estados mais seriam províncias do que unidades da federação. Esse controle de constitucionalidade pelo Estado não está expresso no texto Constitucional de 1891, mas entende-se tácito por efeito do espírito do sistema.³⁴ Sendo o sistema republicano-federal em sua essência dualista, na prática, não raro poderiam as competências federal e estadual colidirem, ou entre os Estados, uns com os outros. Nesse caso, controvérsias desse tipo seriam redimidas pelo poder judiciário federal, competindo ao STF a solução do conflito (art. 59, 1, letra “c”, Constituição de 1891).

Nos EUA a Constituição Federal não consagrou em disposição expressa a atribuição de controle. Refere João Barbalho, considerado por Pontes de Miranda³⁵ o mais autorizado dos contadores desta Constituição, que: “É mui conhecida e muitas vezes citada a anedocta, referida por Bryce (The American Commonwealth), I, pág. 246), do inglês que, vindo a saber que a justiça americana tinha o poder de anullar as leis inconstitucionaes, folheou em vão a Constituição, durante dous dias, procurando a disposição onde isso se consagrava. Tal poder se infere do art. 3, secção 2ª: <<O poder judiciário extender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem d’esta Constituição ou das leis dos Estados-Unidos>>³⁶. Acentue-se que o juiz ou tribunal detinham o poder de pronunciar de officio a inconstitucionalidade, independentemente de alegação das partes, caso necessitassem realizar esse exame na aplicação da lei ao caso concreto, mas sempre dependendo de provocação *in casu* (Lei nº 221/1894).

³³ CAVALCANTI, **Constituição...**, p. 250.

³⁴ BARBOSA, **A Constituição...**, p. 60.

³⁵ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 2, p. 197.

³⁶ CAVALCANTI, op. cit., p. 224.

A reforma Constitucional de 3.9.1926, não modificou substancialmente os artigos referentes ao *judicial review*,³⁷ limitando-se a restringir a intromissão do Judiciário nas **questões políticas** (substituiu os arts. 59 e 60, da Emenda à Constituição de 1891, publicada em 7.9.1926)³⁸ e preocupando-se, desde 1902, em fixar o *quorum* para as decisões finais envolvendo questões constitucionais (pelo menos 10 membros desimpedidos do STF, art. 1º, Decreto 938, de 29.12.1902), **consolidando-se**, assim, o amplo **sistema de controle difuso de constitucionalidade** do Direito brasileiro.

³⁷ Com freqüência, encontramos as expressões *judicial review* e *judicial control* empregadas como sinônimas, expressando a idéia americana da doutrina da supremacia normativa da Constituição, sendo aquelas os instrumentos de ação da chamada teoria do exame judicial, pelos quais é ressaltada a competência do Poder Judiciário para exercer o **controle ou revisão judicial** da conformidade das leis com a Constituição. Apenas para referir, consulte-se, por exemplo, MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, Com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, onde, nas páginas 601,603,613, 627, 631,632, 635 e em várias outras passagens, quando tece comentários ao art. 116, relativo à necessidade de maioria absoluta para decretação de inconstitucionalidade, que faz uso somente da expressão *judicial control* e não *judicial review*, comentando matéria afeta ao controle de constitucionalidade das leis. Conforme o *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, por Bryan A. Garner, Editor in Chief. Saint Paul: Minn., West Group, 1999, no verbete *judicial review*, encontramos a seguinte definição: "1. A court's power to review the actions of other branches or levels of government; esp., the court's power to invalidate legislative and executive actions as being unconstitutional. 2. The constitutional doctrine providing for this power. 3. A court's review of a lower court's or na administrative body's factual or legal findings" (Ibidem, p. 852). (Tradução livre: "**Revisão Judicial. 1.** O poder de uma corte de revisar as ações de outros órgãos ou níveis de governo; especialmente o poder das cortes de invalidar ações legislativas e executivas como sendo inconstitucionais. **2.** A doutrina constitucional que respalda o poder de revisão. **3.** A revisão, por uma corte, das decisões válidas ou efetivas de uma corte inferior ou de um corpo administrativo"). Em contrapartida, a expressão *judicial control*, naquele dicionário especializado, significa o seguinte: "**Civil law. A doctrine by which a court can deny cancellation of a lease if the lessee's breach is of minor importance, is not caused by the lessee, or is based on a good-faith mistake of fact**" (Tradução livre: "**Controle judicial. Direito Privado/Civil.** A doutrina pela qual a corte pode negar o cancelamento de uma locação/arrendamento se a violação do contrato pelo locatário/arrendatário for de menor importância, não for causada pelo locatário/arrendatário, ou for baseada em erro de fato sem má-fé"). No livro do saudoso autor italiano, CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 54, nota 90, ele resume o segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano, utilizando a terminologia *judicial review*, a qual entendemos ser a mais apropriada às questões ligada ao controle jurisdicional de constitucionalidade, consoante visto acima, do próprio vernáculo jurídico dos EUA: "Simplificando: o congresso 'controla' o executivo e o judiciário, seja porque suas leis a ambos se impõe, seja porque o consenso do senado é necessário para as despesas do executivo e nomeação dos funcionários e juízes (ao menos a nível federal); o senado, além disso, tem o poder do 'impeachment' de funcionários e juízes. O executivo, a sua vez, 'controla' o judiciário, especialmente com a nomeação dos juízes, e o legislativo com o poder presidencial de veto. O judiciário, enfim, com o seu poder de '**judicial review**', 'controla' tanto as leis do congresso quanto a atividade do executivo. Daí nascem três poderes, cada um com grande força e alto grau de autonomia (confirmada, particularmente pelo fato de que o poder executivo, 'vested' no presidente, não depende da maioria parlamentar, e os juízes, salvo 'impeachment', são de regra vitalícios), mas nenhum não-controlado. Como se viu, de forma exemplar, sob a presidência de Nixon, se um dos três poderes procura subjugar os outros, estes têm instrumentos capazes de restabelecer o equilíbrio temporariamente ameaçado." Ver, também, sobre a definição de *judicial review* e o poder da Suprema Corte dos EUA, pelo Professor da Universidade de Virgínia: ABRAHAM, Henry J. **The judicial process: Na introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France**. 6 th. New York: Oxford University, 1993, p. 270-288 e p. 301-310.

³⁸ Vide o texto da emenda em CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1981, p. 618. "§ 5º Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo."

A Revolução de 03 de outubro de 1930, gerada, dentre outras causas, pelo “falseamento das instituições republicanas, especialmente nas formas eleitorais de captação e de apuração da vontade popular” praticadas à sombra da Constituição de 1891,³⁹ conduziu à não-aceitação do sufrágio de 1º.03.1930, onde venceu Julio Prestes, candidato do Presidente Washington Luís, sucessor por ele designado sem consulta aos Estados. Assumiu provisoriamente o Governo da República, Getúlio Vargas como delegado da Revolução, em nome do Exército, da Marinha e do Povo e Chefe do Governo Provisório, com poderes discricionários até que a eleita Assembléia Nacional Constituinte (maio, 1933) procedesse à reorganização constitucional. Derrogou-se a Constituição de 1891, reduzindo-se o número de ministros do STF de **quinze** para **onze**, dividindo-se o Tribunal em duas turmas formadas por **cinco** ministros, encerrando, dessa maneira, à fase de nossa história conhecida como **Primeira República**. Dita Revolução acabou por transformar o País num estado autoritário, de que é exemplo a Constituição de 1937, depois da vida efêmera da Constituição de 1934.

2.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 teve curta duração, como dito antes, e trouxe profundas alterações e avanços ao sistema de controle de constitucionalidade. Estabeleceu os fundamentos de uma nova ordem democrática, acentuando a tendência social do constitucionalismo do pós-guerra de 1914/18, com a declaração de direitos e garantias individuais, a exemplo das novidades da **ação popular** e do **mandado de segurança**, no qual, direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade poderia ser controlado (art. 113, nº 33); e com aparecimento de novos direitos como à subsistência e ao trabalho (nº 34), dedicando título à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, dando ao texto um “conteúdo programático, na seqüência do estilo iniciado pela Constituição Alemã de Weimar, de 1919.”⁴⁰ Assim, o constitucionalismo liberal de 1891 permaneceu e recebeu o acréscimo do constitucionalismo social, ingressando-se, com isso, na era dos **direitos econômicos e sociais**.⁴¹

³⁹ HORTA, *Direito...*, p. 55.

⁴⁰ CAETANO, *Direito constitucional...*, p. 558.

⁴¹ HORTA, op. cit., p. 55. Refere o constitucionalista que o alargamento da matéria do texto constitucional é aspecto significativo na **mudança de rota** desencadeada pela Constituição de 1934: “Alarga o campo da matéria constitucional, para nele introduzir, ambiciosamente, a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, registrando, assim, o ingresso do constitucionalismo brasileiro na era dos direitos econômicos e sociais.”

Importa registrar que, no processo Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de autoria do Deputado Federal fluminense, Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, para instituição de uma especial Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco e em cuja fundamentação havia remissão ao *Referat* de Hans Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*), na conferência proferida por Hans Kelsen à Associação dos Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Straatsrechtslehrer*) no ano de 1928.⁴²

⁴² ALENCAR, A competência..., p. 242-243. O Deputado mencionado respondeu negativamente à indagação do Deputado Cardoso de Melo Neto, se a Corte Constitucional faria parte do poder Executivo ou do Judiciário, durante os debates no Congresso, acrescentando que: “[...]representa como que uma delegação dos demais poderes. Não é poder que se sobreponha aos demais; não é um quarto poder que pretendo criar, sobrepondo-se a todos os poderes atualmente existentes, mas um poder que não é mais que uma delegação dos demais...”. Acentua, mais adiante, a opinião de Kelsen, citada na conferência acima: “Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com a instituição de um tribunal constitucional”. A Emenda nº 1107 foi reapresentada pelo Deputado Nilo Alvarenga, em 12.4.1934, sob nº 1744 (Anais, vol. XVIII, p. 276 e segs.), tendo a sugestão de instituição de uma

Corte de Justiça Constitucional, a seguinte redação:

“**Art.** – Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da argüição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva Constituição estadual.

§ 1º - Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.

2º - O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Constitucional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento.

Art. – Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade no todo ou em parte, de uma lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição.

§ 1º - A Corte só poderá conhecer do pedido, depois de informado, no prazo máximo de 30 dias, pelo poder do qual emanou a lei, o ato, deliberação ou regulamento.

§ 2º - A lei ordinária determinará a forma rápida pela qual se processará o pedido.

§ 3º - A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atingida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.

Art. – A Corte de Justiça Constitucional terá sua sede na Capital da República e compor-se-á de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber jurídico e ilibada reputação, dois dos quais serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal, dois pela Assembléia Nacional, dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros entre as mais notáveis expressões culturais e morais de sua classe, especializados em direito público e constitucional.

§ 1º - Igual número de suplentes será simultaneamente indicado pelos poderes e pelo instituto acima indicados.

Art. – Os ministros da Corte de Justiça Constitucional exercerão as funções que lhes são atribuídas por esta Constituição pelo prazo de três anos, podendo ser renovadas as suas indicações e nomeações.

§ 1º - Os ministros não poderão ser destituídos de suas funções antes de findo o prazo para o qual forem nomeados e terão os mesmos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. – A Corte de Justiça Constitucional organizará seu regimento interno e Secretaria, cujos funcionários serão de sua nomeação e terão vencimentos equiparados aos da Secretaria do Supremo Tribunal Federal.” (p. 237 e 238 - grifamos). Além da referência pela autora citada na RIL nº 57, consta o Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933 nos **Annaes da Assembléia Nacional Constituinte**, Rio de Janeiro, vol. III, 1935, p. 513 e ss. Com relação à exposição de KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle. **Revue du Droit Public et de La Science Politique en France et a L’Étranger**, Paris, v 45, 1928, p. 204. (Annuaire de l’Institut International de Droit Public, 1929, Seite 52-143, Paris, 1929, Les Presses Universitaires de France. Referência a respeito da tradução de Charles Einsenmann retirada de KELSEN, Hans. **Reine RechtLehre**,

Manteve a Carta de 1934, no art. 76, item III, letras “a”, “b” e “c”, os princípios contidos nas disposições do art. 60, § 1º, letras “a” e “b”, da Constituição de 1891, conferindo à Corte Suprema o julgamento de **recurso extraordinário** das causas decididas em única ou última instância pelas justiças locais, exigindo fundamentação direta e exclusiva da ação ou da defesa, por alguma das partes litigantes, em dispositivo constitucional, tendo em vista a atribuição de competência aos juízes federais para processar e julgar o pleito em primeira instância (art. 81, “b”). No art. 68, constava expressa ressalva à judicialização das **questões políticas**: “**Art. 68.** É vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas.”

Criou-se, pela primeira vez, a **representação interventiva**, via direta de controle, para conhecimento da lei federal que decretara a intervenção e reconhecimento de sua constitucionalidade pela “**Côrte Suprema**” (art. 12, § 2º). Não tinha o nome e natureza de ação, mas uma representação de inconstitucionalidade que o Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público e, portanto, máximo guardião da lei e de sua execução, encaminhava o exame ao guardião da Constituição, a “**Côrte Suprema**”, como procedimento prévio do processo de intervenção federal nos Estados, por atos ou omissões atentatórios a princípios fundamentais da ordem federativa, previstos no art. 7º, inciso I, letras “a” a “h” (art. 12, inc. V). Essa modalidade até hoje persiste, no art. 36, III, da CF/88. Tratava-se de uma peculiar modalidade de composição judicial de conflito federativo entre União e o Estado.⁴³

Não havia, pois, autor nem réu, já que se tratava de **representação**, nem se tratava de pôr a lei no banco dos réus para julgamento através do processo judicial tradicional, o qual não teria cabimento nesse caso abstrato e geral. Era uma espécie de denúncia (queixa) que a sociedade fazia

Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik. Scientia Verlag Aalen, 1994, p.161. No Brasil, o artigo pode ser consultado em português no livro: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional, controle judicial da constitucionalidade**: um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 119 et seq. Vide, também, item 4 (**Controle Normativo**).

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 239. O art. 7º tinha a seguinte redação:

“**Art. 7º** - Compete privativamente aos Estados:

I – decretar a Constituição e as leis por que devem reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões.”

ao “Guardião da Constituição”, mudando-se a designação de STF para “**Côrte Suprema**”, à moda americana (Capítulo IV – Do Poder Judiciário – Secção II, art. 73). O Min. do STF, Moreira Alves, discorda, dizendo que não se tratava de controle direto de constitucionalidade de lei em abstrato porque era “conflito federativo concreto”, caso concreto de intervenção federal.⁴⁴ Percebe-se que esse foi o primeiro passo para adoção, posteriormente, do controle concentrado.

Não havia, na formação histórico-jurídico-cultural brasileira, a cultura dos precedentes com caráter vinculante (*stare decisis*⁴⁵), havendo até mesmo acúmulo de demandas porque o controle de constitucionalidade difuso do modelo americano adaptado, entre nós somente sujeita as partes litigantes, não impedindo a produção de efeitos normais *inter alios*, do ato normativo conspurcado pelo STF. Inexistia mecanismo que vinculasse as decisões dos demais tribunais conforme a dada pelo STF, com força de lei. Ruy Barbosa, em 1892, quando propôs, pela primeira vez, ação cível sob fundamento da inconstitucionalidade de decretos do governo, buscando o pagamento de prestações pecuniárias do Tesouro em favor de servidores exonerados e reformados, argumentou com a contrariedade à Constituição de forma difusa ou incidentalmente, não obstante, consignou a

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 41. Vide item **2. 5 (Constituição de 1946)**.

⁴⁵ SOARES, **Common...**, p. 35 e p. 40, lembra que nos sistemas dominados pela regra do **stare decisis**, o direito é expresso pela atuação do juiz (**judge-made law**), sendo aquela expressão, o que sobrou da expressão latina “**stare decisis et non quieta movere**”, que tomada ao pé da letra significa “que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões”. Mais adiante, esclarece, com precisão, a terminologia do direito americano (**stare decisis**): “Nos EUA como na Inglaterra (e, diga-se, nos demais direitos pertencentes à família da **Common Law**) o ponto fulcral do sistema é a denominada **doctrine of stare decisis**, também chamada **doctrine of precedents**. Diga-se que a melhor tradução para **doctrine**, no presente contexto, seria **regra** e portanto **doctrine of precedents** seria, em português, ‘regra do precedente’. **Precedent** é a única ou várias decisões de um **appellate court**, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados.

Nos EUA, como veremos a seu tempo, a organização federal e a independência dos Estados federados (e se fala em **State sovereignty**, soberania dos Estados-membros) vêm trazer algumas complicações no que se refere à jurisdição, permanecendo conforme julgados pelos tribunais superiores (devendo notar-se que os julgados das ‘inferior courts of original jurisdiction’, ou seja, dos órgãos de primeiro grau, não constituem **precedents**).

Uma decisão que se tenha constituído em regra importante em torno da qual outras decisões gravitam (com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação), se denomina **leading case**, que passa a ser determinante para o estudante e o advogado, como primeiro **approach** na solução de uma questão prática. Sendo assim, em matéria de **torts** [responsabilidade civil] o **leading case** é *Babcock v. Jackson*; em matéria de direito constitucional a competência revisional da Corte Suprema sobre a legislação estadual, o **leading case** é *Marbury v. Madison*; em matéria de competência para decretação de divórcio, há dois casos, *Williams v. North Carolina (I)* e *Williams v. North Carolina (II)*, que estudantes e advogados já citam como *Williams-I* e *Williams II*”. Em seguida o autor esclarece a função do **precedente judicial**: “2ª) tem um efeito além das partes ou da questão resolvida (e aqui reside a tipicidade da **Common Law**), pois cria o **precedente, com força obrigatória para casos futuros**. Na verdade, o precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual, o conhecimento das razões da decisão é imprescindível; não se pode aplicar um precedente fixado em matéria de motivos para o divórcio, por exemplo, à resolução de uma questão que verse sobre contratos ou obrigações alimentícias!” (Ibidem, p. 41). Sobre o alcance da diferença entre o sistema de precedentes em relação ao europeu continental, ver PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, v. 2, p. 403-413. Merece consulta estudo recente de SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 41 et seq. Vide, também, infra, item **7.5 (Similitude com o Stare Decisis?)**.

dificuldade que remanesca para o controle definitivo, geral e abstrato, da exorbitância do ato normativo, afirmando, já naquela época, que “[...] nem por isso o acto deixa de perdurar, nos seus efeitos geraes, a respeito de todos aquelles, que não demandarem a restituição, ou a nulidade.”⁴⁶ Nos debates da Constituinte, em síntese, apontava-se para dois problemas que demandavam solução: a necessidade de emprestar-se força de um ato legislativo, força vinculativa de lei, com eficácia geral, para todos, à sentença que declara a inconstitucionalidade do ato e o intuito de dar-se maior ênfase ao equilíbrio dos poderes.⁴⁷

Outrossim, a contestação de que a supremacia da Constituição implicaria na supremacia do Judiciário, levou o Constituinte de 1934 a adotar uma decisão fundamental, que tem relevância direta no presente estudo: a introdução, no **artigo 91, inciso IV**, de um instituto constitucional para a **suspensão de da aplicação da lei** (“Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”). A partir da edição da Constituição de 1934, passou a existir, de maneira inovadora no Direito Constitucional brasileiro, a fórmula de atribuir efeito *erga omnes* às decisões do Judiciário, emprestando-se aos julgados do STF eficácia ampliada geral de tal sorte que, suspensa a lei, nem o STF, nem qualquer outro tribunal ou juízo poderão mais **aplicá-la: não é eficaz**; portanto, não incide (arts. 91, inciso IV e 96, Constituição de 1934), lembrando-se que leis **inexistentes** não precisam de suspensão.⁴⁸ De acordo com Pontes de Miranda, “o art. 94, IV, da Constituição de 1934, reproduzido no texto de 1946, criou algo de novo, algo de mais próximo do veto, se bem que só nos resultados, na **eficácia**, que é a **suspensão de execução**.”⁴⁹ O Senado Federal passou a ter **competência constitucional** para suspender, de forma geral e com força obrigatória, a execução de leis, regulamentos, atos ou deliberações, portanto, todos os atos **legislativos** e **executivos**, declarados inconstitucionais pelo órgão máximo do Poder Judiciário, desde que essa declaração o fosse pelo **quorum** mínimo da **maioria absoluta** dos votos da totalidade dos membros dos tribunais (art. 179, Constituição de 1934).

⁴⁶ BARBOSA, A Constituição..., p. 102-3.

⁴⁷ ALENCAR, A competência..., p. 264.

⁴⁸ Ver PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**, v. 2, p. 284 e PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, v. 3, p. 89. Cabia ao Procurador-Geral da República o dever de comunicar ao Senado Federal a decisão para fins de suspensão: “**Art. 96** – Quando a Corte Suprema declara inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, loc. cit.

De certa forma, a função de guardião da Constituição Federal deixa de ser privativa do Poder Judiciário e o Senado Federal também passa a exercer esse encargo como órgão partícipe do exercício repartido das competências para o exame da validade das normas. A gênese do artigo 91, inciso IV, foi o Projeto de sistema unicameralista de Constituição, da Comissão de Redação do Governo (1934), que criava o **Conselho Supremo**, superórgão com poderes de **coordenador dos poderes**, passando, depois, a ser substituído pelo **Conselho Federal** e, finalmente, foi suplantada a proposta inicial pela corrente bicameralista, que se formou no seio da Constituinte, permanecendo, então, o **Senado Federal**, não como órgão de coordenação, mas ramo do Poder Legislativo, como era em 1891.⁵⁰ Essa fórmula de se apresentar o Senado Federal como guardião político (porque diz respeito a um órgão do Congresso Nacional, mas não pode ser olvidado que se trata de uma função com finalidades jurídicas relevantes também) da Constituição e do quorum da **maioria absoluta** de votos para declaração de inconstitucionalidade (art. 179, Constituição de 1934), perdura até hoje, prescrita nos arts. 52, inciso X e 97, da Constituição de 1988, tendo sido reproduzida das Constituições de 1937 (art. 96, somente a regra da maioria da totalidade dos juízes, não reproduzindo a da suspensão da execução); 1946 (arts. 101, III, “b” e “c”, 200 e 64); 1967/1969 (arts. 119, III, “a”, “b”, “c”, 116, e 42, VII).⁵¹

Como se observa, as decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional difusa, por meio do Senado Federal, foram dotadas de efeitos *erga omnes*, com obrigatoriedade geral, como se lei fosse, de forma a impedir a aplicação da norma suspensa. Essa eficácia em relação a todos, das decisões definitivas do STF, surgiu, portanto, muito antes que as decisões proferidas no processo de controle concentrado de normas tivessem essa qualidade.⁵²

⁵⁰ ALENCAR, A competência... p. 230, p. 251, p. 264.

⁵¹ Anota MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, nota 142, p. 27, que: “Esse instituto deveria eliminar a falta de eficácia **erga omnes** das decisões do STF no controle incidental de normas. Tal inovação não correspondia, porém ao desenvolvimento da jurisdição constitucional, como demonstram as disposições sobre a eficácia **erga omnes** das decisões da Corte Constitucional austríaca (Constituição, 1920, art. 140, VI) e sobre a força de lei das decisões do **Reichsgericht** com base no art. 13, II, da Constituição de Weimar (Lei de 8-4-1920, art. 3º, II)”.

⁵² A **eficácia contra todos** ou em relação a todos, qualidade que é agregada à decisão definitiva do STF a cujo respeito houve publicação da **resolução** de suspensão da execução (= suspensão de eficácia) pelo Senado Federal, pode ser comparada, guardadas as proporções, com a **força de lei** prevista no § 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão, porque as decisões deste tribunal têm **força obrigatória de lei** assemelhando-se também na **força vinculativa** dirigida não somente aos poderes públicos (Exemplo: Poder Legislativo que produziu a lei inconstitucional), como a todos os cidadãos diretamente (*Allgemeinverbindlichkeit*). Vide HECK, **O Tribunal...**, p. 87, p. 161 e p. 283. De registrar que foi a Lei Fundamental da Alemanha, no art. 94, alínea 2, quem reservou à Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal a competência para tanto, prescrevendo: “(2) Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os processos constitucionais que previamente se tenham esgotado as vias legais e prever um processo especial de aceitação dos processos” (*Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, publicada pelo Conselho Parlamentar em 23 de maio de 1949, com as emendas até, inclusive, 23 de agosto de 1976. Tradução

O sistema de declaração por via de exceção (difuso) tem como consequência que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pelo STF, continuava ela em vigor, inexistindo imunidade pessoal aos que se abstivessem de pleitear idêntica solução em ação própria. A geração de efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida, apenas, com efeito vinculante *inter partes*, constituía-se forma hábil que não abalava o princípio da independência dos poderes, já que a **suspensão de execução** de lei ficou sob competência de Órgão Legislativo – o **Senado Federal**.⁵³

2.4 Constituição de 1937

Com o golpe de estado, em 10 de novembro de 1937, surgiu o denominado **Estado Novo** a partir do qual, a pretexto de suprir as lacunas e defeitos da Constituição de 1934, com apoio das Forças Armadas e cedendo às aspirações da opinião nacional (preâmbulo), foi **outorgada** a nova Carta Constitucional em 10 de novembro de 1937, que teve como fonte principal o texto da Constituição Polonesa de 1935.

Sustenta Raul Machado Horta que a Carta outorgada corresponde ao tipo de **Constituição Semântica** referido por Karl Loewenstein, para designar o texto constitucional colocado a serviço do detentor do poder – *suprema potestas* – para seu uso pessoal, perdendo sua normatividade, salvo para afirmar a vontade do Presidente da República.⁵⁴

publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, Bonn, 1983). Convém conferir, também, a tradução do mesmo dispositivo, realizada por HECK, Luiz Afonso. **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, constando o artigo 94, 2, da **Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**, na página 137, com o texto seguinte: “(2) Uma lei federal regula a sua constituição e o procedimento e determina em que casos suas decisões têm força de lei. Ela pode transformar o esgotamento anterior da via judicial em pressuposto para recursos constitucionais e prever um procedimento de aceitação particular”. Vide, sobre o tema, com mais detalhes, os itens **6.2.4.1 Natureza Jurídica da Resolução do Senado**, **6.2.4.3 Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?** e **6.2.5 A Força de Lei e o Efeito Vinculante nas Decisões do Supremo Tribunal Federal**.

⁵³ Cf. ALENCAR, A competência..., p. 264: “Por outro lado, a síntese dos debates da Constituinte indica, como responsáveis pela inclusão da aludida competência entre as atribuições do Senado, apenas dois fatores: a necessidade de emprestar-se força vinculativa, com eficácia *erga omnes*, à sentença que declara a inconstitucionalidade do ato e o intuito de dar-se maior ênfase ao equilíbrio dos poderes.”

⁵⁴ HORTA, **Direito...**, p. 56-57. O atual Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, em artigo sobre o assunto, lembra a opinião do Senador Accioly Filho, consignando que: “Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.” (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade:

Na consideração de Francisco Campos, a Revolução de 30 só se operou efetivamente em 10 de novembro de 1937, respondendo aos profundos anseios do movimento nacional no sentido de favorecer as aspirações populares ou de alterar, na direção democrática as relações de poder no País, contra os erros, vícios e males do falido regime liberal de 1891. Sustentava o então Ministro da Justiça, a respeito do controle de constitucionalidade com a supremacia do Poder Judiciário, invenção dos legistas americanos, em entrevista ao Jornal do Comércio, em 16 de janeiro de 1938, que os juízes, não só pela sua formação, como pela situação privilegiada assegurada pela Constituição, tenderiam a manter a ordem de coisas estabelecida, de acordo com a filosofia conservadora de que é a sua ordem natural e eterna e que “[...] A ideologia conservadora encontrou, assim, no poder judiciário, o instrumento destinado a moderar ou inibir os ímpetos democráticos da Nação.”⁵⁵

No que tange ao sistema incidental de controle, permaneceram em vigor as prescrições constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade pelo modelo difuso (art. 101, III, letras “a”, “b” e “c”) que constavam na Constituição de 1934 (art. 76, letras “a”, “b” e “c”), inclusive a exigência de *quorum* especial da **maioria absoluta** (art. 96, *caput*).

Inegável que houve um retrocesso ao permitir-se, no artigo 96, parágrafo único, que, por provocação do Presidente da República, depois julgada inconstitucional uma lei, pudesse o Poder Legislativo mantê-la em vigor, como se o aresto supremo do Poder Judiciário sofresse embargos infringentes do Poder Legislativo restabelecendo-lhe a vigência, tudo sob a explicação de se atenuar a supremacia do Judiciário, o que levou Carlos Maximiliano a registrar que a “providência de reformar sentenças por meio de decretos não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo.”⁵⁶ O artigo, em verdade, acobertava um **processo *sui generis* de emenda à**

um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 162, p. 161-163, abr./jun. 2004). Vide mais, infra, no item 6.2.4. (O Papel do Senado Federal. Natureza Jurídica e Efeitos de seu Ato de Suspensão).

⁵⁵ CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 73, p. 230-249, fev. 1938. Argumenta que a política democrática foi transferida dos órgãos de delegação popular para um cenáculo de notáveis, referindo-se ao Poder Judiciário: “Atribuir a um Tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional, é, de modo indireto, atribuir-lhe o poder de formular nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados à própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que se não origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes, porquê, precisamente, o poder que define os grandes poderes do governo e os grandes fins públicos a que se destina o governo. O contrôlo judicial da constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do governo, controle tanto mais obscuro quanto insusceptível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum” (Ibidem, p. 248).

⁵⁶ BRASIL. Mandado de Segurança nº 623. *Revista Forense*, Rio de Janeiro. v. 82, p. 301, maio 1940. O texto do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937 era o seguinte: “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

Constituição, pois não poderiam coexistir a norma constitucional e a lei ordinária com aquela incompatível.⁵⁷

Não constavam no texto constitucional disposições sobre competência do Senado Federal, já que instituídos em 1937 o Conselho Federal e a Câmara dos Deputados, nada constando a respeito do Senado Federal, tendo este readquirido sua designação tradicional somente por meio da Lei Constitucional nº 13, de 12.11.1945, decretada pelo então Presidente do STF, José Linhares, que foi investido na Chefia do Estado pelas Forças Armadas, após a deposição de Getúlio Vargas, em 29.10.1945, sinalizando para que Senado e Câmara, a serem eleitos, se reunissem em Assembléia Constituinte.

Não cuidava da atribuição do Procurador-Geral da República para representar ao STF nas hipóteses de violação dos **princípios constitucionais sensíveis**⁵⁸, inclusive **suprimindo** o mandado

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”.

⁵⁷ ALENCAR, A competência..., p. 229.

⁵⁸ Os **princípios constitucionais sensíveis**, terminologia usada por PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, p. 230, p. 254-255 e p. 257), tendo em vista que sua inobservância pelos Estados-membros, no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção política mais grave que existe, em condições institucionais normais, em um modelo de Estado Federal – a **intervenção federal** -, prevista no art. 9º, da Constituição de 1937 (na Constituição de 1988, o dispositivo é o 34, VII, forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, aplicação de percentual mínimo de verbas na saúde e educação). Lembra José Afonso da Silva que Pontes não explica o porque da terminologia **sensíveis** (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. nota 6, p. 514). Acrescenta José Afonso que são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, percebidos pelos sentidos facilmente, visíveis, manifestos, provocando a reação da intervenção em caso de contrariedade. Cumpria a um **Interventor**, nomeado pelo Presidente da República, exercer as funções do Executivo no Estado (art. 9º, *caput*, Constituição de 1937). Além dos **princípios sensíveis**, elencam-se os **princípios federais extensíveis**, pelos quais os Estados se organizam submetendo-se a vedações em relação ao texto federal, consubstanciando regras de organização da União extensíveis aos Estados. São aqueles chamados por Horta de “**princípios desta Constituição**” (art. 25, CF/88), que são normas centrais comuns às três esferas federativas que devem ser **observadas**, mas isso não quer dizer copiadas obrigatoriamente. Podem ser imitadas, não podendo ser transgredidas, mas não são de **reprodução obrigatória** no texto das Constituições estaduais. Nada impede que o constituinte estadual repita os princípios a serem observados, sua competência é condicionada, mas não limitada. E também os **princípios constitucionais estabelecidos**, normas espalhadas no texto da Constituição que, além de organizarem a federação, estabelecem preceitos centrais de **observância obrigatória** pelos Estados, pois limitam sua autonomia auto-organizacional, as quais se subdividem em **normas de competência e normas de preordenação** (limita-se o constituinte estadual a apenas transplantá-las à ordem constitucional estadual). Enaltecendo o respeito à federação e à autonomia dos Estados-Membros, Raul Machado Horta, Professor mineiro e relator da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais da CR/88 (Comissão Afonso Arinos), no artigo de doutrina Poder Constituinte do Estado-Membro. *Revista de Direito Público*, v. 88, p. 10, assim disserta: "A tarefa do constituinte limita-se a inserir aquelas normas no ordenamento constitucional do Estado, por um processo de transplantação. A norma de reprodução não é, para os fins da autonomia do Estado-Membro, simples norma de imitação, freqüentemente encontrada na elaboração constitucional. As normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da **sugestão** exercida pelo modelo superior. As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior, enquanto a norma de imitação traduz a adesão voluntária do constituinte a uma determinada disposição constitucional. A dosagem das normas que vão ser reproduzidas pela Constituição do Estado constitui aspecto de fundamental importância na organização federativa. As normas centrais, que partem da Constituição Federal, não

de segurança como garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária, sendo que o Código de Processo Civil de 1939, no art. 319, tornou insuscetíveis de *writ* os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados.

A rigor, a Constituição de 1937 não teve vigência porque declarava, em todo o País, o estado de emergência, que durou até 30 de novembro de 1945 (art. 186: "Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República"), nem somou nada de positivo à sistemática implantada em 1891 e melhorada em 1934, com vista à observância dos mandamentos básicos nacionais.⁵⁹ Pode ser classificada como uma constituição **flexível**, pois o Presidente da República a alterou 21 vezes entre 1937 e 1946, por meio de decretos denominados *leis constitucionais*. A Lei Constitucional nº 9, de 28.02.1945, determinou que fosse republicado o texto resultante das modificações, resultando, assim, numa versão de 1945 da Constituição de 1937 (chamada Constituição de 1945).

A exemplo do já ocorrera em 1926, a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Poder Judiciário conhecer das **questões exclusivamente políticas** (art. 94).⁶⁰

podem absorver o terreno da auto-organização do Estado-Membro e devem coexistir com as normas constitucionais autônomas de auto-organização. A conversão da Constituição Federal em Constituição total - a Gesamtverfassung na terminologia de Hans Kelsen - subverteria a natureza do Estado Federal" (grifamos). (HORTA, Raul Machado. Poder constituinte do estado-membro. *Revista de Direito Público*, v. 88, 1988, p. 10) Vide, para aprofundamento da classificação de HORTA, **A autonomia...**, p. 85 e HORTA, **Direito...** p. 332-336. Ainda, GRUPENMACHER, Betina Treiger. Poder constituinte decorrente e autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 16, p. 280-285, 1996, e ADIn nº 216-PB, relator Min. Celso de Mello (medida liminar) acerca do tipo de federalismo vigente no Brasil e sobre os princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos (RTJ 146/388).

⁵⁹ ALENCAR, A competência..., p. 230.

⁶⁰ MENDES, **Direitos fundamentais...**, p. 238. O texto do art. 94 era o seguinte: "**Art. 94.** É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas" (Vide CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. **Constituições do Brasil**: compilação de textos, notas, revisão e índices. São Paulo: Atlas, 1981, p. 433).

2.5 Constituição de 1946

A Assembléia Constituinte de 1946 apresentava, pela primeira vez, uma composição que refletia a importância dos partidos políticos nacionais, com representação proporcional e não buscou fazer grandes inovações, apenas restaurou o sistema democrático de 1891 e 1934.

A Constituição de 18 de setembro de 1946, restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro, dando continuidade, de certa forma, ao sistema de 1934, preservando os princípios relativos à declaração incidental de inconstitucionalidade – controle por via de exceção (art. 101, II, alíneas “a”, “b” e “c”) - e consagrando a exigência de **maioria absoluta** dos votos dos membros do tribunal para a eficácia da decisão de declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato do poder público (art. 200).

O legislador de 1946 também seguiu as pegadas da Constituição de 1934 em seu artigo 91, inciso IV, mantendo a incumbência do Senado de **suspender a execução** dos atos declarados inconstitucionais pela Corte Suprema, porém não repetiu integralmente a regra, cingindo-se apenas às “**leis**” e “**decretos**”, desde que assim declarados por sentença definitiva do Supremo Tribunal Federal (artigo 64). Relata no minucioso artigo já aqui várias vezes citado, Ana Valdez Ayres Neves de Alencar terem muitos entendido que, por ter sido restringida a redação da Constituição anterior, onde se previa a suspensão pelo Senado de “*lei ou ato, deliberação ou regulamento*”, o legislador teria limitado a atribuição antes conferida em termos amplos à Câmara Alta (Senado), contudo, apesar das divergências, o Senado continuou suspendendo a execução de leis, decretos, decretos-leis, normas de Constituições estaduais, resoluções de assembleias legislativas, regimentos, etc., mesmo antes da Emenda Constitucional 16/65 e, após esta, os exemplos se multiplicaram, restando intacta a competência atribuída ao Senado Federal pelo art. 64 da Constituição de 1946.⁶¹ Por igual, não reproduziu o legislador o comando do art. 96 da Constituição

⁶¹ ALENCAR, A competência..., p. 270 e p. 315, cita o repositório de **Resoluções do Senado Federal**, Subsecretaria de Anais – Senado Federal, Brasília, 1974, Tomo II, 1960-1967, p. 290 e 308. A respeito do alcance do art. 64, após a redução de sua redação a apenas “leis” e “decretos”, sobre polêmica instaurada em relação às demais espécies normativas, a autora colaciona os Comentários de Pontes de Miranda, já citados aqui, transcrevendo a seguinte passagem no que toca ao assunto: “**Regras Jurídicas inconstitucionais** – Quanto às leis, regulamentos, atos ou deliberações – portanto, todos os atos **legislativos e executivos**, até de deliberação do Poder Judiciário em matéria regimental e executiva -, sempre que o Supremo Tribunal Federal os tenha julgado **inconstitucionais**, o que se dá **in casu**, incumbe ao Senado Federal suspender-lhes a execução no todo ou em parte. Mas, suspender no todo ou suspender em parte não fica ao arbítrio do Senado Federal, suspende ele a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo que o foi; e nunca o todo porque uma parte o foi. Na decretação de inconstitucionalidade

de 1934, que incumbia o Procurador-Geral da República da **função de intermediário** entre o STF e o Senado Federal, com vista à comunicação para suspensão da execução pelo Senado, dos dispositivos de lei ou ato governamental sentenciados inconstitucionais pelo Supremo.

O mandado de segurança torna a ter assento constitucional como declaração de direitos, já que em 1937 havia sido relegado para lei ordinária (§ 24).

Modificação de porte é a que atribuiu ao Procurador-Geral da República a titularidade da **representação de inconstitucionalidade** para efeitos de **intervenção federal** nos Estados. Pode-se asseverar que essa representação de inconstitucionalidade foi concebida a partir da **representação interventiva** que existia na Constituição de 1934, artigo 34, § 2º. A inovação em relação a esta é que, enquanto na Constituição de 1934 a *Côrte Suprema* apreciava a constitucionalidade da **lei federal** que decretara a intervenção, na Constituição de 1946, submeteu-se ao exame do Supremo Tribunal Federal (deixou de ser *Côrte Suprema*, como designava a Carta de 1934) não a lei, mas o próprio **ato** argüido de inconstitucionalidade (arts. 8º, parágrafo único e 9º §§ 1º e 2º da Constituição de 1946). Assim, nos casos de infringência dos princípios elencados no art. 7º, inciso VII, da Constituição de 1946, o exame fático-jurídico da violação da **constitucionalidade do ato** é que ensejava a decretação da intervenção nos Estados pelo STF.⁶² O termo **representação** foi escolhido em preterição a **reclamação**, porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral da República e este, ato contínuo, tinha a função de encaminhá-la ao Tribunal com seu parecer.⁶³ Devido à ausência de regras processuais (à exceção da Lei nº 2.271, de 22.

é preciso que o Supremo Tribunal Federal tenha observado a regra do art. 200. (O Senado Federal, para exercer sua função, pode examinar o julgado que se lhe apresenta em sua **existência e validade**; não, porém, em sua **rescindibilidade**.); [...] **“Ius”** – Lei, decreto ou outra regra jurídica elaborada pelos poderes públicos. A Constituição não distingue, aí, leis ou outros atos (dos poderes públicos) **federais ou estaduais, territoriais, distritais ou municipais**. Os pressupostos são apenas o de se tratar a regra jurídica e o de haver o Supremo Tribunal Federal julgado, por decisão definitiva, inconstitucional” (ALENCAR, A competência..., p. 276). As referências precedem a edição da Emenda Constitucional 16/65, sendo que depois desta, em face da regra do art. 101, I, K, com maior razão, considerou-se pacífica a atribuição do Senado para suspensão da execução de outros atos normativos além da lei e decreto.

⁶² Os **princípios “sensíveis”** do art. 7º, VII, da Carta de 1946, são: a) Forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário. Vide, a propósito, HORTA, *A Autonomia...*, p. 85 e HORTA, *Direito...*, p. 332-336. Vide, sobre os **princípios “sensíveis”**, o expendido no item anterior, **2.4 (Constituição de 1937)**.

⁶³ Cf. CUNHA, Sérgio Sérulo da. **O efeito vinculante e os poderes do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 66-67, discutia-se, na vigência da Constituição de 1946, se a “representação de inconstitucionalidade” era uma verdadeira ação, ou não. O autor responde, buscando apoio em Alfredo Buzaid (*Da ação direta declaratória de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 102-3), que a função do judiciário não se resume só em aplicar a lei ao caso concreto para dirimir um litígio, mas que seria possível, nas ações declaratórias, ser cindida a lide em processo autônomo para obter do judiciário uma declaração que “*de outra forma viria embutida na sentença de*

07.1954, que mandava aplicar o processo do mandado de segurança, art. 4º, depois modificado o procedimento pela Lei nº 4.337, de 1964 - esta regulou a “declaração de inconstitucionalidade” com tratamento, como era em 1934, de “representação interventiva”), para regular a representação, foram desenvolvidos, pela praxe do STF, mecanismos procedimentais que foram posteriormente consolidados na legislação processual, firmando-se a seguinte orientação: Tratava-se de uma controvérsia de índole constitucional; a provocação não era apenas consultiva, mas um aresto de onde decorreria a intervenção sancionadora;⁶⁴ a declaração de inconstitucionalidade redundava na ab-rogação da lei e o prejudgado regia as diretivas do órgão legiferante censurado; no caso de dúvida, não se deveria conhecer da representação, tendo ela caráter excepcional (taxativa, limitativa e restritiva) devido à autonomia constituinte, legislativa e administrativa dos Estados-membros, admitindo-se o **juízo imediato** do feito, em caso de urgência e relevância do interesse de ordem pública.

Foram, portanto, a partir das confusões conceituais resultantes da prática distorcida da **representação interventiva**, fixados os **princípios do controle concentrado de normas no direito brasileiro**, o qual viria ser introduzido, entre nós, pela Emenda Constitucional nº 16/65.⁶⁵

Percebeu-se que a mesma declaração de inconstitucionalidade pronunciada no bojo da intervenção federal, poderia ser proferida em um processo autônomo, como objeto, em tese, de uma ação pública (declaratória) para sua pronúncia da infringência à Constituição.⁶⁶ Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967, já sinalizava a dificuldade que o controle difuso causou para a

efeito” (p. 68) argumentando com a natureza de ação da representação e da função jurisdicional, criando-se condições para a transformação da representação em ação direta de inconstitucionalidade. Com relação à **natureza da representação** define-a assim: “Representação é manifestação com que se cobra da autoridade providência que já deveria ter adotado de ofício; ou com a qual se dá ciência de um fato à autoridade, para que adote a providência cabível, de ofício. O direito de representação inclui-se no direito de petição, mas nela só existe **provocatio ad agendum** e não requerimento. A autoridade não pode negar-lhe conhecimento, dizendo que nela se omitiu menção à providência a ser adotada.” De registrar que Gilmar Ferreira Mendes, sustenta, ao contrário, que a representação interventiva não se confundia com um processo de controle abstrato de normas, mas cuidava-se da **judicialização de um conflito entre União e Estado**, no tocante à observância dos **princípios sensíveis**. Conclui, todavia, da mesma forma, no sentido de que na prática distorcida do instituto da representação interventiva, está o embrião da ADIN e da ADC (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 229-230). Ver, também, sobre entendimento de que a intervenção seja conflito concreto, item **2.3 Constituição de 1934**.

⁶⁴ Na vigência da Lei nº 5578/72, que sujeitou ao disposto na Lei nº 4337/64 a intervenção municipal, discutiu-se se o Procurador-Geral da República era ou não obrigado a argüir a inconstitucionalidade quando provocado, tornando-se paradigmático o “caso da censura” (RTJ 35/103), situado à base de uma reivindicação nacional de extensão da titularidade da representação. A origem da ação direta de inconstitucionalidade da Constituição de 1988 provém dessas discussões onde tencionava-se a transformação da representação em ação direta (Vide CUNHA, O efeito..., p. 66-67).

⁶⁵ ALENCAR, A competência..., p. 240-245.

⁶⁶ Cf. CUNHA, op. cit., p. 68.

classificação das sentenças na jurisdição constitucional, pois o fato de exigir-se sempre a instauração de uma **questão prejudicial**, ou seja, uma declaração incidente que afirmasse a inconstitucionalidade, previamente ao julgamento de outra questão *in casu*, em qualquer tipo de ação, inclusive numa ação declaratória global, não tornaria a decisão sobre inconstitucionalidade declarativa só por essa razão. A atribuição de força declarativa à decisão sobre nulidade, sustenta o autor, foi um dos grandes erros de parte da ciência alemã. A decisão sobre o litígio não muda a natureza ou eficácia da decisão que se profere na questão prejudicial, pois esta será sempre **constitutiva negativa** e ligada ao caso concreto porque, afirma Pontes de Miranda, prenunciando que o *sistema jurídico constitucional brasileiro ainda* não permitia a discussão somente em sede de controle concentrado, evidenciando a iminência de sua adoção para breve: “Enquanto não se cria, **para todos**, a ação constitutiva negativa, em que se possa argüir de inconstitucionalidade, **in abstracto**, a lei, os juízes e tribunais somente podem conhecer da questão como **prejudicial** [...]”.⁶⁷ De registrar que a representação interventiva, porém, não se confundia com um processo de controle de normas, ao revés, cuidava-se da judicialização de um conflito entre União e Estado, no tocante à observância dos princípios sensíveis.⁶⁸

⁶⁷ Ver PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967/69*, v. 2, p. 617-621.

⁶⁸ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado...*, p. 229-230. Ver item 2.3. (Constituição de 1934).

2.6 Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.65 à Constituição de 1946

A EC 16/65, promulgada na vigência dos Atos Institucionais números 1 e 2, promovida pelo Governo Castelo Branco, institucionalizou a reforma do judiciário e, no seu artigo 2º, alterou integralmente a redação do art. 101, inciso I, alínea “k”, da Constituição de 1946, atribuindo competência ao STF para processar e julgar, originariamente, **representação** encaminhada pelo Procurador-Geral da República, direito de propositura que lhe passou a ser **exclusivo**, contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual face a Constituição Federal, **consagrando-se, pois, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade**, destinado a defender o sistema jurídico objetivo da intromissão de leis inconvenientes.

Dessa forma, a ação direta desvincula-se dos fins de intervenção federal, onde as hipóteses de argüição de inconstitucionalidade do texto normativo estavam condicionadas a que a norma infringente se subsumisse nos casos previstos para intervenção da União nos Estados-membros, ou seja, quando os Estados contrastassem princípios a cuja obediência estivessem obrigados por força da Constituição Federal (art. 8º).

Inaugurou-se, destarte, entre nós, na Constituição de 1946, o verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade de normas, onde passou a ser permitida a aferição da compatibilidade de qualquer ato normativo frente aos princípios constitucionais, independentemente e desprendida de um caso concreto, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico de corpos legislativos contrastantes com a Constituição Federal.

Lembra Celso Seixas Ribeiro Bastos que:

Com efeito, a partir da referida emenda, a mecânica de controle constitucional enriqueceu-se pelo alargamento da amplitude conferida à via de ação direta, de iniciativa do Procurador-Geral da República, a ponto de podermos afirmar que, atualmente, levando em conta conjuntamente os critérios da iniciativa para provocar a manifestação jurisdicional e da finalidade com que é feita, dividem-se em três os caminhos para se atingir o controle constitucional: **a)** provocação da questão constitucional pelo lesado ou ameaçado de sofrer lesão, que pode fazê-lo na posição de réu, como tomando a iniciativa do processo, através, por exemplo, de mandado de segurança; **b)** provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, em vista de uma intervenção nos Estados-membros ou de suspensão da eficácia do ato inconstitucional, decretada pelo Presidente da República; **c)** provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de defesa do ordenamento

jurídico, mais especificamente, de fazer cumprir a vontade constitucional de respeito à hierarquia normativa (Constituição, lei ordinária e regulamento).⁶⁹

Permitiu-se a criação do processo de **competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados**, para controle de constitucionalidade de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados (art. 124, inciso XIII, acrescentado à Constituição de 1946). Essa disposição não recebeu necessária regulamentação, nem foi incorporada pela Constituição de 1967.

Releva notar que permaneceram em vigor as regras do artigo 64, da Constituição de 1946, incumbindo ao Senado Federal **suspender a execução**, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF e a exigência da **maioria absoluta** dos votos dos membros dos tribunais (regra do artigo 200, Constituição de 1946), não somente para o controle concreto e difuso de normas, como para o controle concentrado agora instituído.

2.7 Constituição de 1967/69

Não trouxe grandes mudanças no sistema de controle de constitucionalidade. O **controle difuso** foi mantido incólume e a ação direta subsistiu conforme figurava na Constituição de 1946, com a redação da EC n° 16/65. A **representação interventiva** confiada ao Procurador-Geral da República foi ampliada com objetivo de assegurar não só a observância dos **princípios sensíveis** (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte).⁷⁰

A Emenda Constitucional n° 1/69 previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual para fins de intervenção no município (art. 15, §3º, “d”). A competência para fixar a unidade interpretativa do direito federal comum ficava sob encargo do STF no julgamento de recursos extraordinários (art. 119, III e alíneas, EC 1/69).

A competência do Procurador-Geral da República manteve-se, mas sofreu grande alteração pela Emenda Constitucional n° 7, de 1977. Ao lado da representação de inconstitucionalidade, foi criada a

⁶⁹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 22, p. 78-106 out./dez. 1972, p. 78 et. seq. Também citado o mesmo texto em ALENCAR, A competência..., p. 233.

⁷⁰ MENDES, **Direitos fundamentais...**, p. 249-250. Vide itens **2.3. (Constituição de 1934); 2.5. (Constituição de 1946) e 2.6. (Emenda Constitucional n° 16, de 26.11.65 à Constituição de 1946).**

hipótese de **representação para fins de interpretação** de lei ou ato normativo federal ou estadual (**representação interpretativa**), que buscava evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei (art. 119, inciso I, letra “I”, CF 1967/69). Essa providência deveria contribuir para dirimir controvérsias sobre a interpretação de normas jurídicas, contudo, o Constituinte de 1988 não incorporou o instituto em seu texto. Com a Emenda Constitucional n° 7/77, foi reconhecida, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal, para deferir o **pedido de medida cautelar**, formulado pelo Procurador Geral da República (art. 119, inciso I, alíneas “e” e “p”).⁷¹

Manteve-se a competência privativa e a necessidade de **suspensão da execução pelo Senado Federal**, no todo ou em parte, de leis ou decretos declarados pelo STF definitivamente inconstitucionais. Dessa forma, a competência de qualquer órgão judicial para decidir tinha (e tem, até hoje) o condão de somente afastar a incidência da norma viciada, decretando-lhe a nulidade nos casos concretos, contudo, sua eficácia continuaria (e hoje ainda continua), a despeito da decretação da nulidade, até a referida suspensão com força obrigatória geral (art. 45, IV, Constituição de 1967 e art. 42, VII, Constituição de 1969).

Na vigência da Constituição de 1967/1969, tendo em vista a literalidade da norma supracitada, declarados inconstitucionais lei ou decreto, o entendimento era de que a mesma tinha aplicação para ambos os processos de controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado. José Afonso da Silva observou que “[...] qualquer decisão, que decretasse a inconstitucionalidade, deveria ter eficácia genérica e obrigatória. Mas a Constituição não lhe deu esse efeito. Não o tendo dado, incide a regra do artigo 42, VII, que deu competência privativa ao Senado para a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional [...]”⁷² A esse propósito, o Min. Moreira Alves, em 1972, abordou o tema consignando que a comunicação do Senado Federal só se faz necessária em se tratando de declaração de inconstitucionalidade **incidente** e não quando decorrente de ação direta, porque passando em julgado o acórdão do STF, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos.⁷³

⁷¹ MENDES, loc. cit.

⁷² SILVA, José Afonso da. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 13-15, dez.1978/dez. 1979, p. 164.

⁷³ Vide CUNHA, **O efeito...**, p. 83-84. O Ministro aludido, a propósito da representação de inconstitucionalidade, exarou a orientação no processo administrativo n. 4.477/72, transformada em norma administrativa em 18.4.1977, foi incorporada ao regimento interno do STF e à sua jurisprudência (RTJ 97/1371), deixando, a partir de então, de encaminhar cópias das decisões proferidas em sede de controle abstrato ao Senado. Esse parecer é reproduzido integralmente por ALENCAR, A competência..., valendo mencionar: “[...]a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e não quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa à intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a

2.8 Constituição de 1988

A Constituição de 1988 conservou os institutos vigentes da Constituição de 1967/69 e aprimorou o sistema de controle de constitucionalidade de normas, mantendo a combinação da declaração de inconstitucionalidade difusa e incidental por via de defesa ou exceção (art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”) com a declaração por ação direta, concentrada ou principal (art. 102, I, “a”). As grandes novidades introduzidas pela Constituição de 1988, foram a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); a ampliação da legitimidade para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); possibilidade de os Estados-membros instituírem ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). A violação à Constituição tanto ocorrerá nas hipóteses de atos praticados contra suas normas, como quando se deixa de dar execução a uma norma programática. Nesta última hipótese, não é de fácil caracterização **a inconstitucionalidade por omissão** por parte do legislador ou do administrador que deve implementar o programa. O critério de aferição da inércia legiferante foi consagrado pela jurisprudência do STF, caracterizando-se como a superação excessiva de tempo razoável pelo Congresso Nacional para regulamentação legislativa.⁷⁴ O Legislador tem a discricção para apreciação da "oportunidade" e da "conveniência" de dar execução ao programa. Em se tratando de omissão de lei só cabe ao STF dar ciência ao Legislativo.⁷⁵ O STF dirige comunicação ao legislador, ainda que em caráter admonitório, para cientificá-lo de que se acha em **mora constitucional**.⁷⁶

Mas se a omissão ocorre pela falta de medida administrativa, o STF deverá fixar prazo para sua devida efetivação, tendo caráter mandamental a decisão em relação a órgão administrativo, o qual terá de cumpri-la em 30 dias (art. 103, § 2º, CF).

declaração de inconstitucionalidade em tese não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia erga omnes e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos [...]”. (Proc. Adm. nº 4.477/72).

⁷⁴ Consulte-se RTJ 158/375, relator para o acórdão, Min. Sepúlveda Pertence.

⁷⁵ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2.481-RS, reconheceu-se o direito dos servidores à implementação de garantia constitucional, porém sem a fixação de prazo para cumprimento, *ex vi* do art. 103, § 2º, da CF.

⁷⁶ RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello – Pleno do STF.

Outro instrumento novo, para defesa dos direitos subjetivos públicos à legislação é o **mandado de injunção**, valendo citar, sobre os pressupostos de sua utilização, recente acórdão do STF:

[...] **cumprе reconhecer** que o mandado de injunção - **considerada** a sua específica destinação constitucional (RTJ 186/20-21) - **busca neutralizar** as conseqüências lesivas decorrentes **da ausência** de regulamentação normativa **de preceitos** inscritos na Carta Política e que, **revestidos** de eficácia limitada, **dependem** da intervenção concretizadora do legislador, **para permitir** o exercício efetivo de determinados direitos diretamente fundados no próprio texto constitucional.”

Vê-se, desse modo, que o mandado de injunção **traduz** significativa reação jurídico-institucional do **vigente** ordenamento político, que o estruturou como instrumento destinado **a impedir** o desprestígio da própria Carta da República, **o que justifica** a correta observação de JOSÉ AFONSO DA SILVA (“**Curso de Direito Constitucional Positivo**”, p. 448, item n. 32, 24ª ed., 2005, Malheiros), **no sentido** de que a **principal** finalidade do mandado de injunção “**consiste** [...] em conferir **imediate** aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, **inerte** em virtude **de ausência** de regulamentação” (grifamos).

Cabe assinalar, no entanto, que o **direito** à legislação **só pode** ser invocado pelo interessado, quando **também** existir - simultaneamente imposta **pelo próprio texto constitucional** - a previsão do **dever estatal** de emanar normas legais (RTJ 183/818-819). **Isso significa** que o direito individual à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito de **exclusiva** determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável **imposta** ao Poder Público.

Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, **revela-se essencial** que se estabeleça a **necessária** correlação entre a **imposição constitucional de legislar**, de um lado, **e o conseqüente** reconhecimento do **direito público subjetivo à legislação**, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem** pretender acesso legítimo à via injuncional.⁷⁷

Na Constituição de 1988 foi mantida a ação direta interventiva, cabendo a execução e decretação ao Presidente da República (arts. 34 a 36) e a necessidade de voto da **maioria absoluta** dos membros do plenário ou órgão especial do tribunal, para declaração de inconstitucionalidade, o que já ocorria em relação ao art. 144, V, da Constituição de 1969 (art. 97).

Registra Gilmar Ferreira Mendes que:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Assim, se se cogitava anteriormente de um **modelo misto** de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 715/DF. Relator: Min. Celso de Mello. **Informativo** n. 378, 25 fev. 2005.

radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema **difuso ou incidente**, mas ao modelo **concentrado**, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.⁷⁸

De acordo com Sérgio Sérvulo da Cunha, a instituição do controle abstrato pela ação direta de inconstitucionalidade representou a ampliação do controle concreto dentro do sistema brasileiro e não a sua restrição, porque milhares ou milhões de pessoas podem reunir-se em apenas um processo, legitimadas que estão para ajuizarem ações individuais para assegurar direitos protegidos constitucionalmente por meio do controle difuso.⁷⁹

Muitas modificações ocorreram na Constituição de 1988, por obra do Constituinte Derivado, valendo destacar a EC nº 3, de 18.3.1993, que instituiu a **ação declaratória de constitucionalidade** de lei ou ato normativo federal (artigos 102, inciso I, letra “a” e seu § 2º e 103, § 4º) para reforçar o sistema de proteção da Supremacia da Constituição. Contudo, limitar-nos-emos à temática aqui proposta, do controle jurisdicional difuso da legislação e ocupar-nos-emos das inovações e avanços na jurisdição constitucional, na medida do andamento desta exposição e quando houver direta repercussão no modelo de controle de normas sob análise.

⁷⁸ MENDES, **Jurisdição...**, nota 142, p. 305.

⁷⁹ KELSEN, **Jurisdição...**, p. XVII. Posição do autor encarregado de elaborar a “*Introdução à edição brasileira*”. A opinião em referência serve ao presente trabalho para demonstração de que esse entendimento, com pequenas variações de nuances, é perfilhado pela grande maioria dos autores, no sentido de enaltecer o nosso sistema de jurisdição constitucional difusa ou modelo misto brasileiro.

3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL⁸⁰

Afirma Habermas que a concretização do Direito Constitucional através de um controle judicial da constitucionalidade serve, em última instância, para a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente.⁸¹

Por conseguinte a interpretação da conformidade das leis à Constituição feita pela função de **controle de constitucionalidade das normas** pode ser considerada um dos principais legados do **constitucionalismo**, ao lado dos pressupostos da **supremacia da Constituição e hierarquia das leis**.

Seriam palavras vazias proclamar-se a **superioridade da Constituição**, se não houvesse maneiras de garantir essa superioridade.⁸² A ordem jurídica repousa sobre a Constituição e toda a atividade estatal dela retira sua justificativa de ação, sendo que sua supremacia material permite que ela organize as competências e seja necessariamente superior às autoridades que são investidas nessas competências, de maneira que essas autoridades, ao modificarem, indevidamente, as leis fundamentais do Estado, estariam destruindo o fundamento de sua própria autoridade; também não permite que uma autoridade investida de uma competência, delegue seu exercício a outra, pois ninguém pode delegar os efeitos de um poder, uma vez que não têm direito próprio sobre sua função.⁸³ São conseqüências da superioridade material o reforço da legalidade, o que os juristas franceses designaram como *superlégalité constitutionnelle*,⁸⁴ retirando-se o valor jurídico dos atos contrários às leis e à Constituição.

⁸⁰ Cf. HECK, **O Tribunal Constitucional Federal...**, p. 25, nota 6, a expressão **jurisdição constitucional** (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) é um sucedâneo de **jurisdição estatal**, introduzida no meio tedesco por H. Triepel, no dia 23 de abril de 1928, na Associação dos Professores de Teoria do Estado Alemães, considerando seu uso lingüístico na Áustria, no que contou com o apoio de Kelsen que também elegeu essa expressão e não a última.

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, [s.d.] v. 1. Cap.VI. Justiça e Legislação: Sobre o Papel e a Legitimidade da Jurisdição Constitucional, p. 302. Habermas transcreve citação de Kelsen que vale conferir: “Uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância. Porém o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos dois portadores principais do poder, conferindo-lhe o controle da constituição.”

⁸² Cf. ALENCAR, A competência..., p. 243.

⁸³ BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 6. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 75.

⁸⁴ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Alianza Universidad Textos: Madrid. Tercera reimpressão. 1993, p. 131 e p 135. Diz o autor espanhol: “[...] constitución rígida es aquella que para su reforma exige um órgano y unos métodos especiales, distintos de los que se precisan para establecer y reformar las leyes

Procedem, pois, as assertivas de que quanto maior o número de normas objeto de controle de constitucionalidade, maior será o grau de constitucionalismo e de primazia da Constituição, para garantia da ordem jurídica intra-estatal.

Como bem afirma Konrad Hesse: “O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido -, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado.”⁸⁵

A competência para a jurisdição constitucional traduz a realidade positiva do constitucionalismo no seio de um Estado.⁸⁶

O modelo concentrado de constitucionalidade garante a primazia da Constituição julgando a conformidade ou não-conformidade do conjunto de atividade normativa do poder público. O **controle jurisdicional** da constitucionalidade das leis **figura dentre os princípios** que não podem ser vulnerados, sobre os quais se fulcra a Constituição, de maneira a atingir os resultados desejados de impossibilidade do despotismo e de proteção da liberdade política.

A garantia e segurança imediata da **Lei Fundamental**⁸⁷ é uma tarefa do Estado Democrático Constitucional e uma questão chave da moderna constitucionalidade é o problema do controle

ordinárias. La constitución ocupa así una situación privilegiada, posee formalmente una mayor garantía de permanencia, situación a la que los juristas franceses han designado como **superlégalté constitutionnelle**.”

⁸⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 28.

⁸⁶ CHASSIN, Catherine-Amélie. Conseil constitutionnel français et Tribunal constitutionnel espagnol: Analyse comparative de deux conceptions du constitutionnalisme **Revue Du Droit Public et de la Science Politique em France et a L’Etranger**, Paris, n. 4, 2001.

⁸⁷ O termo **fundamental law** começou a ser usado na Inglaterra no século XVII, mais como expressão polêmica para luta política entre o Rei e o Parlamento do que como uma concepção jurídica. A elaboração de **leis fundamentais** como conceito jurídico representando imutabilidade e vedação de abolição ou ab-rogação pelo Rei, tem lugar na França: “[...] donde aparecen, por una parte, como normas absolutamente inviolables, y, por otra, como principios constitutivos de **le plus grand, le plus noble et le plus splendide royaume de la terre**. Las “leyes fundamentales”, o **leges imperii**, o “leyes del reino”, constituyen un cuerpo específico de derecho, tanto por su objeto, pues se refieren exclusivamente al ejercicio y transmisión de la prerrogativa real, como por su carácter formal, pues, a diferencia de las demás leyes, tienen un carácter inmutable, no pudiendo ser abolidas ni abrogadas por la decisión real.” GARCYA-PELAYO, **Derecho...**, p. 24. Já para HECK, **O Tribunal Constitucional Federal...**, p. 25, nota 8, a expressão **Reichsgrundgesetze (Leis Fundamentais do Império Alemão)**, teria origem, como Bula de Ouro, no direito imperial daquele País: “A expressão “Reichsgrundgesetze” aparece, no âmbito da lei, pela primeira vez na Capitulacão Eleitoral de Ferdinando III (Wahlkapitulation Ferdinand III), de 1636, no art. XIV (texto impresso, in: CELLARIUS, B. *Politicae succinctae, ex Aristotele potissimum erutae. Ad praesentem Imperii Romani flatum multis in locis accommodatae libri II. ...* . Editio Septima, Jena, Anno MDCLXIV, S. 353 ff). A expressão

normativo de constitucionalidade, tanto que **o conceito de constituição está diretamente ligado à posição que se tem em relação à jurisdição constitucional.**

Pode-se compreender que aquilo que é cabível no objeto do controle de constitucionalidade se resume aos preceitos de índole positiva proclamados no documento formal. Aqueles aos quais Otto Bachof, ao dizer acerca do que entende por Constituição, distingue-os como **Constituição escrita** ou Constituição em **sentido formal**, ou seja, uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais. Já a Constituição em **sentido material**, entende-se o conjunto de normas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, ou seja, funcionalmente, a Constituição em sentido **material** será o sistema de normas que representam componentes essenciais da tentativa jurídico-positiva de realização da tarefa posta ao povo de um Estado, de edificar o seu ordenamento integrador.⁸⁸ Mas também são relevantes, apenas para que não fique sem registro, em face de sua transcendência e supralegalidade, os **valores de caráter suprapositivo**,⁸⁹ os **princípios** cujas raízes mergulham em critérios de direito extralegal, sendo

estampada no artigo mencionado é “H. Reichs fundamental Gesetz”. A paz de Vestfália (citada IPO), de 14 a 28 de outubro de 1648, menciona no art. XVII, § 2º, as “leges et constitutiones fundamentales Imperii” texto impresso, in ZEUMER, K. Quellen-sammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter um Neuzeit, 2. Aufl., Tübingen, 1913, S. 395 ff, e, in: BUSCHAMAN, A. Kaiser und Reich, München, 1984, S.289 ff). E o assim denominado Jüngster Reichsabschied (a mais recente publicação da totalidade das decisões (compilados) havidas na Dieta do Império), de 17 de maio de 1654, indica, no § 6º, a Paz de Vestfália como “Fundamental Gesetz des Heil. Reichs” (texto impresso, in BUSCHMANN, op.cit., S. 454 ff). Essas “leges fundamentales” do reino adentram gradativamente no conceito novel de “constituição” (STOURZH, G. Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Graz, 1974, S. 7). Comparar com ROBBERS, G. Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: JUS, 1990, S.258; SCHIEDER (NOTA 1), S. 22. A expressão “Grundgesetz”, de 23 de maio de 1949, diferencia-se da expressão tradicional equivalente em dois aspectos: um, quantitativo e, outro, temporal. Aquela diz respeito à totalidade da ordem estatal mas, em decorrência das circunstâncias históricas, pretendeu-se breve; esta traduz uma parte da ordem estatal, todavia, com caráter longo. Ver, a esse respeito, HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., Heidelberg, 1993, RdNr. 86 ff, S.32 f.”

⁸⁸ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977, p. 38-39. A Constituição em sentido material coincide com a Constituição no sentido formal (KELSEN, **Jurisdição...**, p. 131-133. Vide também, BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Introduzione al diritto costituzionale comparato**. Iê “forme di stato,, e Iê “forme di governo,, Iê costituzioni moderne. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1988, p. 595.

⁸⁹ Para Kelsen, essas fórmulas podem desempenhar um papel extremamente perigoso porque não encerram nada mais que a ideologia política corrente e não tem, de modo geral, grande significado, não acrescentando nada ao estado real de Direito (KELSEN, op. cit., p. 167-169). Vide também, HECK, **O Tribunal Constitucional Federal...**, p. 131: Para HECK, citando a decisão BVerfGE 10, 59 (81), nota 245, a orientação do exame jurídico-constitucional com concepções “jurídico-naturais” e o reconhecimento, inicialmente, de multiplicidade de teorias de direito natural pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ou seja, o reconhecimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional da existência de **direito suprapositivo**, também vinculante para o legislador constituinte, considerando, assim, que o Tribunal seria competente para comparar o direito positivo com o direito suprapositivo, **mais tarde foram retraídos**. Na nota 244, mesma página, observa Heck que o Tribunal Constitucional Federal **jamais** usou o **direito suprapositivo** como critério normativo, citando, ainda, que o Tribunal Estatal do estado de Hessen, em uma de suas decisões, negou ao **direito suprapositivo** a possibilidade de constituir-se como critério normativo para o controle de normas. Em recente artigo elaborado por Luís Afonso Heck, com o título “**A Nulificabilidade e a Vinculatividade no Plano do Controle Normativo**”, ainda “no prelo” e que enfrenta, dentre outros assuntos polêmicos, a **questão da fundamentalidade das proposições de valores ou proposições morais**,

aquele Professor também destaca a posição de Kelsen, na nota número 14, quando disserta, no título II, sobre “**O Guarda da Constituição**”: “[...] No plano da constituição Kelsen tem uma posição bem retritiva perante o que ele denomina de princípios que, ao invocar o ideal de liberdade, igualdade, equidade, moralidade, não tem qualquer determinação mais circunstanciada sobre o que é considerado com isso (Kelsen, H. *Wesen und Entwicklung...*, S.69; ver também Hüter, S. 595). Ele objeta: se se trata, porém de normas que ainda não estão positivadas de nenhum modo, mas primeiro, porque elas apresentam a justiça”, devem converter-se em direito positivo (ainda que os defensores desses princípios já os consideram, em uma idéia mais ou menos clara, „direito”) então existe nada mais que postulados juridicamente não vinculativos (que, em verdade, somente são expressão de determinados grupos de interesses), dirigidos a órgãos encarregados de criação do direito. E precisamente, não só aos órgãos da dação de leis, nos quais a possibilidade de realizar tais postulados é quase uma ilimitada, mas também aos órgãos dos graus baixos da criação do direito, onde essa possibilidade, sem dúvida, baixa na mesma medida que sua função tem o caráter de aplicação do direito, contudo, e precisamente está dada nessa medida, existe como poder discricionário livre; na jurisdição e administração portanto, quando vale, escolher entre várias possibilidades de interpretação. Precisamente nisso, que a consideração ou realização desses princípios, que até agora, apesar de todos os esforços, não encontraram nenhuma determinação, também só até certo ponto inequívoca, no processo de criação do direito não tem o caráter de uma aplicação do direito no sentido técnico da palavra e, pelos fundamentos citados, também nem sequer podem ter, precisamente nisso reside a resposta à questão se eles podem ser aplicados por um tribunal constitucional (Kelsen, *Wesen und Entwicklung...*,S.68 f.) (pontuação original.). Mais adiante diz Kelsen: exatamente no âmbito da jurisdição constitucional, porém, eles podem desempenhar um papel extremamente perigoso e precisamente, quando vale examinar a constitucionalidade de leis.[...]; e, por isso, não está excluída de modo nenhum a possibilidade que um tribunal seja chamado a decidir sobre a questão da constitucionalidade de uma determinada lei, casse essa lei com a fundamentação que é injusta porque „justiça” é um princípio constitucional e, por isso, deve ser aplicado pelo tribunal constitucional. Isso significa, porém, que ao tribunal é concedido uma plenitude de poderes que absolutamente deve ser sentido como insuportável (S.69 f.) (Ver também Kelsen Hüter, S.595 f., 600 f.) Sobre o último ver ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário*. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 809, mar. 2003, p. 55.”Oportuno registrar a opinião de Konrad Hesse, ao tratar da inviolabilidade da **dignidade da pessoa humana** (entre nós, prevista no art. 1º, III, CF/88), tendo esta, contudo, valor principiológico supremo. Para Konrad Hesse, a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal de respeitá-la e protegê-la, funciona como **princípio** com o peso completo para ensejar a fundação normativa de uma coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade está “**no respeito à proteção da humanidade**”, onde o homem, entendido como “**pessoa**” de valor próprio e indisponível, não é partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da “massa” moderna, entendido como coletividade (HESSE, *Elementos...*, p. 109-110, número de margem 116). Sobre os **valores suprapositivos**, leciona também K. Hesse: “d) O significado de muitas camadas dos direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva é reduzido quando esse significado é entendido como estabelecimento de uma ‘**ordem de valores objetiva**’ ou de um ‘**sistema de valores**’ que ‘encontra o seu ponto central na personalidade, que se desenvolve livremente no interior da comunidade social, e na sua dignidade’. A uma compreensão restringida ao aspecto da ‘**ordem de valores**’ deve a multiplicidade das funções e conexões, aqui expostas em traços fundamentais, ficar oculta, nas quais os direitos fundamentais obtêm contornos mais firmes. Além disso, é a questão, até que ponto à idéia da ‘**ordem de valores**’ pode caber significado jurídico-constitucional. A crítica ampla que a jurisprudência encontrou nisso, objeta, nomeadamente, que o recurso a ‘**valores**’ – discutidos na sociedade pluralista – não possibilita uma interpretação dos direitos fundamentais segundo regras claras e visíveis, conduz a uma confluência de valorações subjetivas do juiz, não necessariamente cobertas pelo conteúdo normativo dos direitos fundamentais e, com isso, também as perdas para a certeza jurídica. Nisso, todavia, passa desatendido que o conceito ‘**valores**’, muitas vezes, é empregado só para a caracterização do **conteúdo normativo** dos direitos fundamentais. A jurisprudência aqui, sob a impressão viva das experiências históricas, nomeadamente da época do regime nacional-socialista, expressou somente aquilo que teve de ser e ficar o sentido histórico e núcleo irrenunciável da nova ordem constituída pela Lei Fundamental: a relação desses direitos com os direitos do homem como sua base e fonte legitimadora. Para a interpretação dos direitos fundamentais, a idéia da ‘**ordem de valores**’ foi um início e um auxílio em vista de uma situação, na qual ainda faltava, em grande parte, uma elaboração do conteúdo normativo concreto e do alcance dos direitos fundamentais individuais, da sua relação um para com o outro e dos pressupostos de sua limitação. Essa elaboração é a obra da jurisprudência desde então, em conjunto, contínua; com ela está disponível uma existência firme de pontos de vista e regras, a qual possibilita responder algumas questões de direitos fundamentais metodicamente mais seguro e evitar, em grande parte, o recurso repentino a ‘**valores**’”(Ibidem, p. 243-244, número de margem 299). De mencionar, ainda, para ilustrar essa complexa questão dos valores suprapositivos, sobre a questão dos direitos fundamentais como **princípios deontológicos do direito** ou como **bens teleológicos do direito**, formando uma “**ordem objetiva de valores**”, colocando-se a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente, o registro de Habermas: “A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de

imanescentes a qualquer ordem jurídica, informando e dando sentido à Lei Fundamental do Estado (ordem constitucional global), enfim – pluralidade de acepções como **bloco de constitucionalidade**, conforme já teve oportunidade de corroborar o STF, como guardião da Constituição de 1988.⁹⁰

igualdade, tentando conseguir primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denninger: ‘Valores só podem ser relativizados através de valores; porém o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica’. Isso leva Dworkin a entender direitos como ‘trunfos’ a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos. É verdade que nem sempre o direito consegue impor-se contra qualquer bem coletivo no âmbito concreto da argumentação que visa à decisão de um caso singular, principalmente quando a primazia de um objetivo coletivo pode ser justificada à luz de princípios. Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma **especial dignidade de preferência**, uma **obrigatoriedade geral**, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores que têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. [...] Os direitos fundamentais, ao contrário, ao serem levados a sério em seu sentido deontológico, não caem sob uma análise dos custos e vantagens. Isso também vale para normas ‘abertas’, não referidas a casos exemplares facilmente identificáveis – como é o caso dos programas condicionais – e formuladas sem um sentido específico de aplicação, necessitando de uma ‘concretização’ metodicamente inofensiva. Tais normas encontram a sua determinação clara num discurso de aplicação. No caso de colidirem com outras prescrições jurídicas, não há necessidade de uma decisão para saber em que medida valores concorrentes são realizados. Como foi mostrado, a tarefa consiste, ao invés disso, em encontrar entre as normas aplicáveis **prima facie** aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes. É preciso estabelecer um nexó racional entre a norma pertinente e as normas que passam para o pano de fundo, de tal modo que a coerência do sistema de regras permaneça intocada em seu todo. As normas pertinentes e as retroativas não se relacionam entre si como valores concorrentes, os quais, na qualidade de mandamentos de otimização, seriam realizados em diferentes níveis: porém, como normas ‘adequadas’ ou não-‘adequadas’. Ora, adequação significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, através do qual a norma subjacente é satisfeita.

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura racional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem o sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. **Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide eo ipso com aquilo que é igualmente bom para todos.**” (Grifamos) (HABERMAS, *Direito e...*, v. 1, p. 320 a 323).

⁹⁰ A Constituição tem uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do **conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional)**, onde o Min. Celso de Mello, relatando a ADIn 595-ES, esclareceu seu significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global. A expressão **bloco de constitucionalidade** surgiu no direito francês no início dos anos 70, tendo partido da doutrina, mais concretamente dos comentários à importante decisão de 16 de julho de 1971, relativa à **liberdade de associação**. No direito administrativo francês já havia referência ao “bloco de legalidade”, que designava o conjunto de regras, para além das leis positivas que se impunham à administração em virtude do princípio da legalidade. Dessa noção se desenvolveu o **bloco de constitucionalidade**, mostrando-se adequado para designar o conjunto de princípios e regras de valor constitucional, ou conjunto de textos que servem de parâmetro de controle ou critério para o controle de constitucionalidade do Conselho Constitucional. Hoje, esse vasto conjunto de normas que compunha o **bloco de constitucionalidade**, resume-se a quatro categorias de normas que integram o bloco: o texto da Constituição de

Outrossim, importante se destacar sobre qual tipo de constituição se sustenta a doutrina que prega sua proteção.

Quando Kelsen tratou da **garantia jurisdicional da Constituição e do modo dessa garantia** dentro de uma ordem hierárquica de normas, pressupôs, antes, uma noção clara de Constituição e no texto publicado em francês, com tradução de Charles Eisenmann, anotou que: “Seule la théorie ici développée de la structure hiérarchique (Stufenbau) de l’ordre juridique est en mesure de la fournir [...]” (“Somente a teoria aqui desenvolvida, da estrutura hierárquica da ordem jurídica, está em condições de proporcioná-la...”). O núcleo permanente da noção de Constituição seria um princípio supremo determinando toda a ordem estatal e a essência da comunidade integrante dessa ordem, sob normas revestidas de forma especial de elaboração, num sentido estrito, e num sentido lato, quando contém não apenas regras sobre os órgãos e o procedimento da legislação, mas também um **catálogo de direitos fundamentais**⁹¹ dos indivíduos ou de liberdades individuais, traçando-se princípios, diretivas, limites para o conteúdo das leis vindouras.⁹²

1958; o seu Preâmbulo, que remete para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e para o Preâmbulo da Constituição de 1946, a qual, a seu turno, remete para os “princípios reconhecidos pelas leis da República”, fazendo ainda a proclamação dos “princípios particularmente necessários ao nosso tempo” (relato da evolução e comparação da expressão na França e na Espanha: FAVOREU; LLORENTE (Org.) **El bloque de la constitucionalidad**: simposium franco-espanhol de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1991, p. 19 et seq. e p. 25 et seq. apud SEGORBE, Beatriz: **O conselho constitucional francês e a proteção dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/web/jurist/work_pap.htm> Ainda, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 919 et seq.

⁹¹ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, [s.d.], v. 4, p. 22, o conceito de **direito fundamental** é coetâneo ao conceito de **Constituição**, ambos indissociáveis do liberalismo político, primando-se os valores da liberdade, da segurança e da propriedade, com permanente resistência ao arbítrio do governante. Logo, os direitos fundamentais são direitos constitucionais, por conseguinte, vinculam todos os Poderes constituídos, mas podem ser encontrados direitos fundamentais **implícitos** na ordem jurídica, fora do catálogo explicitado na Constituição. Assim, considera-se um **postulado imanente** derivado da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países de constituições rígidas, o **princípio da proteção do núcleo essencial**, destinado a evitar escavações do seu conteúdo com restrições descabidas (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 35). Sobre direitos fundamentais, vide, para mais: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 247 et seq. e ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 57, também publicado em, ALEXY, Robert **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 41 et seq.; BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.525; VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987; CANOTILHO, **Direito constitucional...**, p. 373; SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 38; MENDES, **Direitos fundamentais...**, p. 311; BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Renovar, 2003, p. 109. Remete-se ao item **6.2.5. (A Força de Lei e o Efeito Vinculante nas Decisões do Supremo Tribunal Federal)**, mais considerações sobre as funções dos direitos fundamentais, especialmente sobre a **Teoria dos quatro “Status”** de Georg Jellinek, sobre o *status* constitucional do cidadão, de importância não somente histórica, pois ainda hoje é perseguida, como, por ser exemplo de grande conceituação e teorização jurídicas (ALEXY, **Teoría de...**, p. 247). Esse esforço de sistematização se tornou clássico e ponto de partida para outros desenvolvimentos doutrinários. Importa observar que HESSE, **Elementos...**, p. 232, número de margem 282, acerca da natureza pré-

Adolfo Posada, em obra clássica, arremata que “la Constitución del Estado, sintetizada bajo forma **escrita**, que, como dice Schmitt, ‘lleva a considerarla como una ley’ – superley (Hauriou) -, podría definirse la Constitución, desde el punto de vista **político**, como una aspiración a la **estabilidad y a la continuidad formal** del Estado, y desde el **jurídico**, como un régimen de ley en el Estado.”⁹³

jurídica ou pré-estatal, “natural” dos direitos fundamentais, salienta que os direitos-liberdade nunca foram dados “naturalmente”, mas o **status jurídico-constitucional** garantido pelos direitos fundamentais dependem do Estado e do direito positivo: “De todo, os direitos fundamentais não são ‘naturalmente’, isto é, pré-juridicamente e pré-estatalmente assegurados, senão só lá onde eles fazem parte da ordem jurídica positiva estatal. Sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um **status** concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade, e sem a conexão com as partes restantes da ordem constitucional, eles não poderiam tornar-se reais: primeiro na instalação na ordem total democrática e estatal-jurídica, construída pela Constituição, e como seu elemento essencial, não como **status** ‘natural’, pode o **status** do particular, garantido pelos direitos fundamentais, ganhar configuração da realidade”.

⁹² KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle. Übersetzt von Prof. Charles Eisenmann. **Revue du Droit Public et de La Science Politique en France et a L'Étranger**, Paris, v. 45, 1928, p. 204. (Annuaire de l'Institut International de Droit Public, 1929, Seite 52-143, Paris, 1929, Les Presses Universitaires de France. Referência a respeito da tradução de Charles Eisenmann retirada de KELSEN, Hans. **Reine rechtLehre: einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik**. Scientia Verlag Aalen, 1994, p.161. No Brasil, o artigo pode ser consultado em português em: KELSEN, **Jurisdição...**, p. 130-132. A noção de constituição estrita e de núcleo permanente foi assim definida: “[...] a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer aprender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.”

⁹³ POSADA, Adolfo. **Tratado de derecho político**. 5. ed. rev. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. 1935, v. 2, p. 33. Ainda, vale conferir a conceituação de Constituição dada pelo autor, mais detalhadamente: “La Constitución escrita es la forma característica bajo que se ofrece, en general, el Estado moderno, gracias ao reconocimiento expreso de la necesidad de ordenar juridicamente el Poder como tal y en su funcionamiento, y a la afirmación del propósito de garantir o proteger juridicamente los intereses de la vida individual y colectiva, estimados como esenciales, en sus relaciones con el Estado y los gobernantes. Bastará recordar la contextura más general de las Constituciones escritas para razonar la interpretación formulada. El sistema normal de dichas Constituciones comprende ordinariamente una parte que suele y puede muy bien llamarse dogmática y otra orgánica [...] La parte dogmática de las Constituciones contiene, con términos diversos, un sistema de limitaciones a la acción del Poder público, que surgen y se afirman históricamente en el proceso de las luchas políticas entre súbditos y soberanos, y, en el orden de la elaboración doctrinal y legislativa, bajo el influjo de las nociones de la escuela del Derecho natural, y de la idea de los Derechos subjetivos, propios, naturales, del individuo en el Estado, y que se estiman incluso anteriores a éste; [...] La significación de la parte orgánica de la Constitución es análoga a la de la dogmática. Se trata en la orgánica de regular juridicamente la organización y el funcionamiento del Estado y de sus gobernanes. Sin duda, no puede concebirse un Estado sin una organización, más o menos compleja, reducida a fórmulas: una constitución política; se obtendrán seguramente principios normativos de organización, y así tendrá aquella su parte orgánica; pero lo característico del regimen constitucional consiste en que la organización se concreta en un sistema de condiciones merced a las cuales el Estado se organiza según exigencias jurídicas, acomodando su estructura y el funcionamiento de sus magistraturas a normas, obra del Poder que se estima soberano, y el cual, por actos de soberanía, se somete también a ellas.” (Ibidem, p. 26-27 e p. 30).

Com Konrad Hesse, complementamos o afirmado acima sobre a concepção de Constituição e seu significado para a coletividade:

A Constituição é a **ordem fundamental jurídica da coletividade**. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimentos de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é 'o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade. [...] Como a Constituição produz os pressupostos da criação, validade e realização das normas da ordem jurídica restante e determina, em grande parte, o seu conteúdo, ela converte-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, no interior da qual ela exclui um isolamento entre Direito Constitucional e outros setores jurídicos, em especial, do direito privado, do mesmo modo como uma coexistência não-unida daqueles setores jurídicos mesmos.⁹⁴

Karl Loewenstein fornece uma classificação ontológica das constituições escritas pelo seu caráter normativo, nominal e semântico, interessando-nos a primeira delas. Na **Constituição normativa** o critério ontológico de análise da constituição radica na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder. Parte da tese de que uma constituição escrita não funciona por si mesma, mas é o que os detentores e destinatários do poder fazem dela na prática. Para ser real e efetiva, a constituição (democracia constitucional implantada) terá de ser observada lealmente por todos os interessados, com integração desta na sociedade estatal e vice-versa. Comunidade e constituição haverão de passar por uma simbiose, para se poder falar em **constituição normativa**. Esta domina o processo político, ou seja, o processo de poder se adapta às normas constitucionais e se submete a elas. **A constituição é como um traje que se ajusta bem e que o compramos.**⁹⁵

Charles Eisenmann sustenta, com acerto, que qualquer dos dois tipos de sistemas de organização da justiça constitucional: deixar ao legislador a guarda do respeito à Constituição ou confiar aos juízes a garantia de seu respeito (depende de uma escolha, colocando a questão sobre a possibilidade de a escolha poder ser dupla ou mista dos dois sistemas), parece incontestável, dessa maneira, a necessidade lógica e, por conseguinte, moral, dessa instituição (controle) para prescrever um sistema de proteção do direito.⁹⁶

⁹⁴ HESSE, *A força...*, p. 37-38.

⁹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 217.

⁹⁶ Vide nota 15 do artigo doutrinário acima citado, de CHASSIN, Conseil constitutionnel..., p. 294. sob o título ali citado *La justice constitutionnelle et la haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, these 1928, rééd. Economica Coll. Droit Public positif 1986. p. 294.

Discute-se até hoje a questão técnico-jurídica quanto à melhor configuração das garantias da Constituição, se devemos atribuir a função de controle de constitucionalidade a **instituições políticas** e, com isso, assegurar a legitimidade democrática ou concretizar essa função de garantia da revisão judicial a uma jurisdição constitucional com um **tribunal independente**.

No histórico debate entre Kelsen e Carl Schmitt sobre - *Quem deve ser o Guardião da Constituição?* - a questão político-constitucional sobre a prevalência do modelo típico de garantia da constitucionalidade jurisdicional se contrapõe ao modelo de garantia da constitucionalidade política. Para Schmitt, que advoga a doutrina do *pouvoir neutre* do monarca “[...] o problema do guardião da Constituição requer uma solução diferente da que pode ser oferecida por uma fictícia forma ‘judiciária’. Ou seja: a solução é que o presidente do Reich seja o guardião da Constituição, pois ele, eleito por todo o povo, está destinado a ‘defender a unidade do povo como um todo político’, atuando como ‘contrapeso para o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos’”, tendo também a possibilidade, pela indução do referendo popular, ‘de se ligar diretamente a essa vontade geral do povo alemão, de atuar como guardião e defensor da unidade e integridade constitucional do povo alemão [...]’;⁹⁷ já Kelsen rebate Schmitt, quando este diz que os tribunais não devem ser considerados guardiões da Constituição, opondo que “[...] Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona na prática como garante da Constituição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de ‘guardião da Constituição’, ou seja, se renuncie a uma expressão cujo **pathos** já é, por si só, uma advertência contra tendências ideológicas ligadas a ela. O que importa é determinar a conveniência de se confiar dessa maneira aos tribunais a função de garantia da Constituição, e, em caso negativo, se é necessário retirar-lhe o direito de controle [...]’.⁹⁸ De certa forma, esse debate perdura até hoje, sendo essa a discussão que envolve a preferência de um ou outro modelo típico de controle de constitucionalidade.

Apesar de nossa experiência jurídica, política e cultural estar indissociada da concepção judicialista de revisão da legislação, ressalta Jürgen Habermas que a existência de tribunais constitucionais ou de uma jurisdição em matéria constitucional “*não é auto-evidente*” porque em vários Estados de Direito, eles não existem e, mesmo sob ordens constitucionais onde eles existem (o autor restringe-se à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos) “[...] há controvérsias

⁹⁷ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 280.

⁹⁸ Ibidem, p. 249-250. Para conferir os argumentos de Carl Schmitt questionando o papel do Poder Judiciário como guarda da Constituição. (SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 19 et seq.)

sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões.”⁹⁹

A discussão acerca da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade está diretamente ligada ao **princípio da divisão dos poderes**, pois é inerente ao debate o questionamento das competências asseguradas pela Constituição aos Poderes de Estado, especialmente o poder que faz a lei e o que a nulifica. Mas a distribuição orgânica de funções não tem o escopo de enfraquecimento ou incapacitação do Estado para o cumprimento de suas funções. **Divisão de poderes** não significa divisão do poder do Estado, poder esse que deverá ser utilizado para proteção dos direitos fundamentais e da democracia. Deve ser evitada a politização do Poder Judiciário, da mesma forma que não deve o Legislativo exercer atividades jurisdicionais.¹⁰⁰

Importante registro faz Konrad Hesse de que, apesar de a Lei Fundamental alemã enformar-se pela doutrina histórica do princípio da divisão dos poderes, com base em Locke, Montesquieu ou do “federalista”, tal não é um dogma de validade jusnaturalista-intertemporal, mas as dogmatizações posteriores fizeram com que aquele princípio (**divisão de poderes**) não possa ser visto separado da ordem estatal histórico-concreta e seus pressupostos ganham contornos atuais e claros na Constituição (o mesmo raciocínio feito em relação à Lei Fundamental, art. 20, alínea 2, vale para a Constituição brasileira de 1988, vide artigos 2º e 60, § 4º, III). A tarefa da divisão de poderes não está unida somente à tradicional idéia de repartição, separação, sistema de refreamentos e controles em favor da liberdade do particular, mas erige-se a “uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à unidade do poder estatal – limitado”. O conteúdo e alcance desse **princípio fundamental de organização da Constituição** (é elemento essencial da sua ordem fundamental liberal e democrática), que é visto na distinção de funções básicas da legislação, execução e da jurisdição, de acordo com Hesse, também é visto na atribuição dessas funções a poderes especiais, na proibição do exercício das funções atribuídas, a outro poder (**separação dos poderes**); e no controle e refreamento recíproco dos poderes (**equilíbrio dos poderes**), onde fica

⁹⁹ HABERMAS, *Direito...*, v. 1., p. 298.

¹⁰⁰ KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. Tradução Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 105, jan./mar. 1990, p. 292. Para um enfoque que ultrapassa as justificativas do constitucionalismo clássico e aborda a jurisdição como instrumento de defesa dos direitos fundamentais e a jurisdição como instrumento de defesa do procedimento democrático, vide BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47-120.

aberta a possibilidade de a minoria recorrer à proteção do Tribunal Constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição, acrescentando o autor alemão que:

Como princípio de constituição, racionalização, estabilização e limitação do poder estatal, o princípio da divisão dos poderes é o **princípio fundamental organizacional da Constituição**.

Nessa função ampla, divisão de poderes não pode ser coordenada somente à ordem estatal-jurídica, como isso corresponde à concepção tradicional e, hoje, predominante, não só porque ela é mais do que um meio do asseguramento da liberdade individual, mas também porque a proteção da liberdade individual por equilíbrio dos poderes não é efetuada somente no quadro da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental. Todos os seus elementos são, antes, embora em acentuação distinta, partes integrantes essenciais da **ordem total democrática**, da estatal-jurídica e da estatal-federal da Lei Fundamental, cuja conexão e limitação alternada, também nesse fato, aparecem.¹⁰¹

Laurence H. Tribe, discorrendo sobre as funções da constituição americana de hoje e as limitações do poder da maioria esclarece, citando Abraham Lincoln, quando este falou em Gettysburg sobre governo “do povo, pelo povo, para o povo” (*of the people, by the people, for the people*), sendo possível interpretar não servir aos interesses do povo (“*for the people*”), quando aqueles que atuam no Legislativo e no Executivo (estes seriam os responsáveis pelo povo no sistema republicano garantido pela Constituição, onde a responsabilidade é aferida episodicamente pelas eleições), não estiverem agindo, de fato, para o povo. Logo, a prova final de que o governo escolhido age para o povo, dá-se na **conjunção** entre a finalidade prevista no preâmbulo da Constituição e as práticas do governo que dela decorre, pois este deve trabalhar para alcançar a própria legitimidade. Então a questão real não é se a própria Constituição é legítima, mas se o governo trabalha para alcançar essa legitimidade. Os agentes políticos são responsáveis perante o eleitorado no sentido de serem removíveis em eleições periódicas por duas razões: primeiro, para que não tenham a sensação ou aparência de que os ocupantes dos cargos públicos possam se sentir livres para violar diretamente os direitos constitucionais e, segundo: para desencorajar estes agentes a colocar em perigo, indiretamente, os direitos constitucionais atacando a independência do

¹⁰¹ HESSE, **Elementos...**, p. 366, números de margem 476 e 477; 368, número de margem 481; 369, número de margem 482; 376, número de margem 496 e 378, número de margem 499. Destaca-se, ainda, o seguinte trecho: “Um elemento de **equilíbrio dos poderes estatal-jurídico** é o controle judicial do poder executivo (artigo 19, alínea 4, da Lei Fundamental), nomeadamente, porém, o controle de todos os poderes estatais pela jurisdição constitucional, dotada com ampla competência na Lei Fundamental. Esse controle significa uma incorporação, até agora desconhecida à tradição constitucional alemã, do poder judiciário no sistema de refreamentos de poderes e controles. O elemento estatal-jurídico do equilíbrio de poderes, que se torna eficaz nele, une-se com o democrático, porque ele abre a possibilidade à minoria de recorrer à proteção do Tribunal Constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição e, assim, de consolidar sua situação – em que naturalmente o Tribunal Constitucional nenhum outro outro (sic) peso pode lançar no prato da balança senão aquele da sua própria autoridade.” (Ibidem, p. 376, número de margem 496). Consulte-se, também, FRIEDRICH, Carl J. **Teoria y realidad de la organización constitucional democrática**: Em Europa y América. México: Fondo de Cultura Económica, [s.d.], p. 171 et seq. Sobre a preocupação de invasão no “*ámbito esencial*” de um outro poder, e a questão do **legislador negativo**, vide infra subtópico **8.2 (Limites à Eficácia Ex Tunc)**.

judiciário, cuja missão central, assegurada precisamente por sua “**falta de responsabilidade política**” é a proteção desses mesmos direitos, da invasão pelos agentes políticos naquelas ocasiões em que as maiorias populares encorajam estas invasões mais do que punem os invasores em tempo de eleição. Como Rebeca Brown, uma importante elaboradora desta visão alternativa observou: “o povo não estabelece primariamente uma Constituição de utilidade máxima, mas sim uma de tirania mínima.” Sem os juízes e sem a instituição da revisão judicial, os legisladores e os administradores comprometidos em preservar a Constituição (finalidades) devem, de tempos em tempos, perguntar a si mesmos se eles tomam suas tarefas a sério, porque sua mensagem – uma mensagem que, por hipótese, eles devem resguardar profundamente em seus aspectos morais e políticos – deve ser considerada acima das vozes dos seus constituintes.¹⁰²

Na discussão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o procedimento prevendo a revisão judicial da legislação já é um compromisso prévio do jogo democrático e se justifica politicamente da mesma forma que a maioria pode editar leis sujeitando a minoria, sendo apenas aparente o problema de não terem os juízes sido eleitos, já que, mesmo que fossem eleitos, haveria o **problema contramajoritário**.

Os Tribunais erigem-se em defensores da Constituição e censuram (em tese) a atuação do legislador, se necessário, contudo, ao contrário destes, não foram legitimados pela forma da investidura popular. Coloca-se, então, a questão, se não residiria, nessa hipótese, uma espécie de agressão ao princípio democrático, ou mesmo, uma violação ao princípio da separação dos poderes? O **princípio democrático** envolve o **princípio majoritário** (da maioria eleita pelo povo para elaborar leis), mas não se resume somente a este. Uma maioria conjuntural sujeita-se aos limites impostos pela Constituição, não carregando, necessariamente, as virtudes da democracia, podendo ser até mesmo um instrumento de agressão a direitos fundamentais e à própria Constituição. Assim, a Constituição agasalha o **princípio democrático (art. 1º, caput e parágrafo único)** mas, ao mesmo tempo, contempla um **princípio antimajoritário ou contramajoritário**. Este princípio, que serve à proteção das minorias, haverá de estar nas mãos de um Tribunal Constitucional, que exercerá a função jurisdicional e de Guardião da Constituição, com capacidade de satisfazer as exigências principiológicas plasmadas na Constituição. A Constituição tem a vocação de permanência – rigidez constitucional – não podendo sofrer perversas mutações em nome de meras

¹⁰² TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3 ed. New York: New Yor Foudation, 2000, v. 1, p. 18-21 (tradução livre).

necessidades postas pela maioria conjuntural. A tarefa da defesa das minorias, portanto, também está afeta ao Tribunal ou Corte Constitucional.¹⁰³

Vale o registro da contribuição de Luís Afonso Heck, ao tratar de como o problema da legitimação democrática do Tribunal Constitucional Federal e da força convincente dos argumentos de suas decisões (aceitabilidade racional fulcrada em bons fundamentos), foi tratado na Alemanha:

A eleição dos juízes constitucionais foi conferida exclusivamente às duas corporações políticas federais (141). Com isso o Tribunal Constitucional Federal obtém, como órgão constitucional e em vista da sua atribuição e posição no Estado, a necessária legitimação política e democrática (142). Paralela a essas legitimações existe, ainda, uma outra, decorrente do processo decisório consistente e da aceitabilidade racional (143) A doutrina, como dialogadora, exerce, no contexto dessa legitimação um papel importante. (144)¹⁰⁴

Os Tribunais constitucionais podem apresentar-se como órgãos **judiciais** e como instância de reflexão do processo **político**. Diz Enterría que: “La justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus critérios de fondo.”¹⁰⁵ Essa parece ser a conclusão de Martin Shapiro, ressaltando a natureza “judiciária” dos procedimentos, não obstante o caráter “político” dos poderes exercidos por meio de tais procedimentos.¹⁰⁶

¹⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. O poder judiciário na construção do estado de direito. In: SEMINÁRIO DEMOCRACIA E JUSTIÇA, Porto Alegre: 1998. [Anais...] Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Fundação Konrad Adenauer, [1998], p. 234-235.

¹⁰⁴ HECK, **O Tribunal Constitucional Federal...**, p. 111. Na nota 142, mesma página, Heck lembra que a eleição democrática funda-se no artigo 20, alínea 2, da Lei Fundamental: “Todo o poder estatal provém do povo. Ele é exercido pelo povo nas eleições e nas votações e por meio de órgãos especiais do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.” Diz, ainda, que para o estabelecimento organizacional da legitimação democrática é necessário haver uma corrente de legitimação democrática, que não precisa ter sua origem diretamente no povo. Essa origem indireta, expressa no procedimento eleitoral dos juízes constitucionais para o Tribunal Constitucional Federal no Parlamento Federal, é, todavia, duvidosa na doutrina. Mais adiante, tratando do **princípio democrático**, no sub-item da **corrente de legitimação democrática**, Heck esclarece, para o assunto que nos interessa, da **legitimidade democrática da jurisdição constitucional**, que: “Na democracia liberal, todo o poder estatal provém do povo, é exercido pelo povo nas eleições e nas votações e por meio de órgãos especiais do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Todos os órgãos e representações, que exercem o Poder Estatal, necessitam, para isso, de uma legitimação que tem sua origem no conjunto dos cidadãos como população nacional. O Princípio Democrático estende-se não somente a determinadas espécies de exercício do Poder Estatal, mas a todas elas. A legitimação democrática, constitucionalmente necessária, requer uma corrente de legitimação ininterrupta do povo aos órgãos e funcionários encarregados de tarefas estatais. Essa legitimação, todavia, não precisa resultar em cada caso de eleição popular direta. Normalmente basta que tenha sua origem de forma mediata no povo como portador do poder estatal.” (Ibidem, p. 251-252). Os juízes do Tribunal Constitucional Federal são eleitos, por metade, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal (art. 94, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental). (HESSE, **Elementos...**, p. 375).

¹⁰⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas S.A., 1994, p. 180.

¹⁰⁶ Citado por CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 99-100. Para MAURER, Hartmut, a decisão da Lei Fundamental alemã para o controle normativo judicial-constitucional consoma o **princípio do Estado de Direito**, o qual pede não somente a vinculação do dador de leis à Constituição, como ordem fundamental do Estado, mas também um controle correspondente por uma instância politicamente independente, um tribunal. Essas idéias se aplicam inteiramente ao Brasil. Igualmente fala em favor da decisão fundamental pelo controle normativo judicial-constitucional o **princípio da divisão de poderes**, o

Reputamos que a justificação mais adequada a essa candente discussão, parece provir de Robert Alexy. Ao tratar da transformação dos direitos do homem, como direitos morais, em direitos fundamentais positivados com conteúdo igual, sustenta Alexy que a **validade moral recebe o acréscimo da validade jurídico-positiva intra-estatal** de escalão hierárquico, portanto, pela **justiciabilidade**, atinge-se a força de concretização suprema daqueles direitos, o que se dá por meio do controle da vinculação de todos os poderes. Assim, a interpretação dos direitos constitucionais tem como **árbitro, não o povo**, mas o **Tribunal Constitucional**, que irá institucionalizar, no mundo da validade, concepções sociais e políticas ideais **vinculativas** do legislador (e, com isso, subtraindo da maioria parlamentar legitimada, **poderes de decisão!**), existindo total compatibilidade com o **princípio democrático**, previsto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal brasileira. Numa primeira compreensão, essa **justiciabilidade** colocaria em contradição direitos fundamentais e democracia (ademocracia) porque o **processo político** onde o parlamento representa o cidadão politicamente, estaria sob permanente desconfiança. Para Alexy, a chave para resolução é que

[...] a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. A proposição fundamental: Todo o poder estatal provém do povo exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento [...].¹⁰⁷.

qual: “[...] aliás, na literatura é considerado parte e desembocadura do princípio do estado de direito. Nessa relação-de-balanceamento cabe à jurisdição constitucional um significado específico. Ela tem de decidir, no caso litigioso, sobre as vinculações e limites jurídico-constitucionais dos outros poderes estatais, mas não deve, por causa de sua própria vinculação à constituição, tornar-se politicamente ativa. Claro que litígios jurídico-constitucionais têm, em geral, um fundo político com a consequência que as próprias sentenças judicial-constitucionais são um processo, acontecimento, objeto ou outra coisa de significado político e, muitas vezes, causam consequências políticas extensas. Mas isso nada modifica nisto, que o próprio tribunal constitucional não tem de decidir segundo considerações de conformidade com a finalidade políticas, mas exclusivamente segundo critérios jurídico-constitucionais” (MAURER, Hartmut. **A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal**. Tradução Luís Afonso Heck, no “prelo”). Vale consultar a opinião de FRIEDRICH, **Teoria y...**, p. 228., no sentido de que os tribunais judiciais são **apolíticos e representativos**, conforme transcrição em pé-de-página, *infra*, no item **4 (Controle Normativo)**.

¹⁰⁷ ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 41 et seq.) Ressaltando Alexy que a vida cotidiana do funcionamento do parlamento oculta o perigo de as maiorias se imporem cometendo faltas graves, acrescenta: “Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer **negativamente** que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas requer também positivamente que os cidadãos iriam aprovar os argumentos do tribunal se eles aceitassem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá bom resultado quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram uma repercussão no público e nas instituições políticas, que levam a reflexões e discussões que resultam em convencimentos revisados. Se um processo de reflexão entre público, dador de leis e tribunal constitucional estabiliza-se duradouramente pode ser falado de uma institucionalização, que deu bom resultado, dos direitos do homem no estado constitucional democrático [...]” (grifamos). ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. Tradução Luís Afonso Heck, de

4 CONTROLE NORMATIVO

Segundo Luís Afonso Heck, a expressão “**controle de normas**” é uma invenção da doutrina jurídica pós-guerra, tornando-se corrente a sua aplicação tanto na literatura como na jurisprudência, que distinguem o controle concentrado e o controle difuso de normas. Dentro de um contexto evolutivo do constitucionalismo alemão, esclarece o autor que controle de normas advém da evolução do **direito ao exame judicial** e também da expressão “**competência para o exame**”, sendo que, na doutrina daquele país, os termos são equiparados e traduzem a faculdade e a obrigação do juiz examinar a compatibilidade de uma norma jurídica com o direito hierarquicamente superior, tanto no sentido formal como no sentido material. No Direito Constitucional alemão vigente, diz-se, simplesmente, que o juiz tem o **direito ao exame judicial**, o Tribunal Constitucional Federal, o **controle normativo**, ou seja, possui a “**competência para rejeição**”, traduzida na determinação de recusa, com vinculação universal, de uma norma jurídica considerada inconstitucional e nula. Para os alemães, o conjunto denominado **controle normativo** compreende os casos de controle abstrato de normas, de revisão do direito internacional público, de

palestra inaugural da comemoração dos 100 anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida em 9.12.1998, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set 1999. No livro supracitado (ALEXY, **Constitucionalismo...**), o artigo compõe obra que reúne **cinco conceitos** de Alexy em uma **teoria do constitucionalismo discursivo**, valendo extrair do artigo **Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação**, o seguinte: “O constitucionalismo discursivo é uma teoria que nasce do enlace de cinco conceitos: (1) do de direitos fundamentais, (2) do de ponderação, (3) do de discurso, (4) do de jurisdição constitucional e (5) do de representação. O sistema formado por esses cinco conceitos é extremamente complexo. A imagem, que aqui deve ser mostrada dele, concentra-se sobre os conceitos de ponderação, de jurisdição constitucional e de representação [...]”; “Isso mostra que existem duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: (1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos porque eles são válidos ou corretos [...]”; “[...] O constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizados melhor com jurisdição constitucional que sem ela” (ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 155 e p. 165). No artigo **A Institucionalização da Razão**, do mesmo livro, Alexy reafirma que o Estado Constitucional Democrático não somente deixa-se fundamentar pela teoria do discurso, como também vive, na prática (realidade), por meio de discursos na formação da vontade racional, quando obtém **legitimidade**: “A teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático, porque ele coloca duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia” (Ibidem, p. 33) e vale conferir o que o autor consigna na **Apresentação**: “O tribunal constitucional, como guarda dos direitos fundamentais, é, com isso, posto acima do processo democrático. Isso, porém, pode em uma democracia somente então, primeiro, ser legítimo e, segundo, exitoso se não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional representa o povo. A representação do povo por um tribunal constitucional, porém, somente pode ser uma representação argumentativa. Como, porém, uma tal é possível? (Ibidem, p. 11). No capítulo 9, no artigo **Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação** fornece o autor a idéia das condições para uma **representação argumentativa autêntica**, não se adentrando em detalhes, por fugir aos objetivos diretos deste trabalho.

continuidade da vigência de direito como direito federal, de recurso constitucional e do controle normativo concreto.¹⁰⁸

Tendo em consideração que utilizaremos amplamente, neste trabalho, as estruturas teórico-compreensivas do ordenamento jurídico-constitucional tedesco, será dada preferência à terminologia **controle de normas ou controle normativo**, sempre que se faça referência ao controle de constitucionalidade em geral, ao controle judicial/jurisdicional, à revisão judicial dos atos normativos ou à jurisdição constitucional em sentido amplo. Com isso guardamos coerência, também, conforme já ressaltamos na introdução deste estudo, com a escolha proposital da nomenclatura **controle judicial-constitucional difuso e concentrado** (vide item 6. **O Modo de Efetivação do Controle pelo Poder Judiciário**).

Pontes de Miranda afirma que a juridicidade dos atos legislativos realizada pelo controle judicial, aperfeiçoa o Estado de Direito pois

[...] o Estado de Direito foi Estado, a que algo faltava, enquanto não se criou o expediente técnico da verificação da adaptabilidade das regras jurídicas aos textos constitucionais. Com esse, pode o Estado de Direito prosseguir na trajetória, que se lhe abriu, e realizar-se em toda sua plenitude. É ir demasiadamente longe considerar-se **natural** a sua aparição, se por natural se entende o que não depende do desenvolvimento histórico. O controle judicial foi técnica, que se descobriu, ou, se se prefere diminuir o dado de sugestão histórica, que se inventou – e seria natural no sentido em que o seriam as descobertas e invenções científicas industriais.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Cf. HECK, **O Tribunal...**, p. 46-47 e p. 126. Vide, também, empregando a expressão **controle de normas**, MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 30-33, destacando-se, ainda, o artigo de doutrina, de MAURER, **A Revisão...**, onde consigna a propósito da estrutura do **controle normativo**: “Sob controle normativo entende-se a revisão da compatibilidade de uma norma jurídica com normas jurídicas de hierarquia mais elevada. Pressuposto e fundamento do controle normativo é a doutrina da ordem hierárquica das fontes jurídicas.”

¹⁰⁹ Cf. PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, v. 2, p. 632. Refere Pontes de Miranda o que já havia escrito em 1932, na fase dos debates que precederam a edição da Constituição de 1934, trazendo à tona a discussão a respeito do tipo de órgão que deve realizar o controle repressivo: “Só nos cabe tratar dos pontos sobre os quais têm de manifestar-se as Constituições. Tudo o mais fica ao Poder Legislativo, que a Constituição cria. No estado atual, são principais as três seguintes questões técnicas: I) A Corte Constitucional deve ser distinta da Suprema Corte? II) A apreciação da constitucionalidade deve caber à Corte Constitucional exclusivamente, ou como instância última? III) O julgamento deve decretar que é nula a lei ou o ato?”

Respondemos “não” à primeira. A segurança da unidade jurídica de toda a nação e da constitucionalidade das leis e atos dos órgãos estatais devem ser juntas: no fundo, é a unidade, que se quer, verticalmente (Constituição, leis, atos), ou horizontalmente (coerência do ordenamento jurídico). Além da vantagem teórica, existe a vantagem prática de se porem os juízes em contato com o corpo inteiro do direito nacional. Se uma Corte tiver a função de uniformizar o direito, e outra, a de apurar a constitucionalidade, por vezes ocorrerá que a tendência uniformizadora de uma não seja no mesmo sentido do pensamento constitucionalizante da outra.

Quanto à segunda pergunta, envolve escolha entre o sistema do recurso extraordinário (Brasil, 1891-1967) e o adotado pela Constituição da Áustria, art. 180, inciso 2, e pela Espanha, art. 100, o qual consistia em interromperem os tribunais a decisão e esperarem a resolução da Corte competente: **instância única**. Na Áustria e na Espanha, associou-se a **instância única** com a Corte específica, porém nada obstaria a que se associasse ao sistema da Suprema Corte ordinária e constitucional. No Brasil, o art. 116 estabelece a necessidade do per saltum, se se trata de

câmara, ou turma, ou câmaras conjuntas, que não sejam o “tribunal”. Mas o juiz singular decide sobre ser contrária à Constituição a lei ou ato do poder público, o que evita o *per saltum* dele ao tribunal, cujos inconvenientes seriam graves.” Depois de responder à terceira pergunta, assunto que veremos mais adiante, quando tratarmos dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, o jurista brasileiro complementa seu pensamento: “A questão topológica da competência para o exame judicial dos atos inconstitucionais admite as seguintes soluções positivas: a) Direito geral, homogêneo, de verificação por parte de todos os juízes, sem que se adote qualquer instância específica. b) Exame por todos os juízes, permitindo o **recurso extraordinário** quando se haja alegado inconstitucionalidade. c) Justiça específica, quando se funde a ação ou a defesa em razão de inconstitucionalidade de lei ou ato dos poderes públicos. d) Instância específica, coincidindo ser a da Corte Suprema.

Instância específica e Corte específica. Assim foi a solução da Áustria e da Espanha.

O Tribunal constitucional específico, distinto da Corte Suprema, tem os seus defensores e os seus opositores. [...] É de observar-se, quanto aos dois primeiros [concentração em instância específica e Corte específica – Tribunal Constitucional], que não há qualquer relação entre o controle judicial, coroamento do Estado de Direito, e a existência de tribunal específico, ou instância específica.

A existência de tribunais de última instância especializados apresenta o inconveniente de só se exercer a atividade do juiz na integração de comunidade jurídica especial, quer no espaço (justiças locais), quer na matéria jurídica (justiça comum, administrativa, militar). Dar-se-á a desintegralização, o pluralismo, que Rudolf Smend (*Verfassung um Verfassungsrecht*, 669 s.) não viu, por não ter levado em conta que a adição das integrações parciais, sem a integração geral, desintegraliza.

A diferenciação da Corte Suprema – em tribunal supremo e tribunal de garantias constitucionais ou tribunal constitucional – somente pode ter a seu favor o argumento de que para as questões chamadas constitucionais não seria suficiente o **critério independente judicial**: seria preciso, por vezes, o **critério independente neutral**, que escapa à simples sujeição às leis. Instância neutral, e não só instância judicial.”(PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, v. 2, p.633-635). Como visto, Pontes de Miranda era contrário à instalação de um tribunal constitucional constituído em nível constitucional para exercer especificamente a jurisdição constitucional, dessumindo-se que, para aquele autor, o direito de verificação judicial deveria ser **geral e homogêneo**. Tamanha a complexidade do tema, que a Alemanha somente admitiu o Tribunal Constitucional Federal como ínsito ao âmbito do Poder Judiciário, no art. 92 da Lei Fundamental, após a aprovação desta. Quando do projeto de Lei Fundamental do Congresso Constitucional de Herrenchiemsee, lembra Luís Afonso Heck que: “O Congresso Constitucional não conseguiu chegar a um acordo sobre se a jurisdição constitucional federal deve ser exercida como parte da jurisdição federal superior por meio de um tribunal federal superior unitário ou, se deve ser criado um especial tribunal constitucional para questões constitucionais. Em decorrência, esse ponto foi deixado expressamente aberto [...]” (HECK, **O Tribunal...**, p. 86, nota 10). Vale conferir, Hartmut Maurer, em artigo de doutrina onde trata do par conceitual constituído pelo controle do tipo especial ou integrado, relativo à instância de controle normativo, doutrina aqui já referida, no prelo: (MAURER, **A Revisão...**). Ainda, consulte-se FAVOREU, Louis. *La notion de Cour Constitutionnelle*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 1077, acerca do conteúdo e noção do que se concebe por **Tribunais Constitucionais**, onde consigna que estes são jurisdições constitucionais em tempo integral, situados **fora** do aparato jurisdicional ordinário e dele independente, sendo-lhes atribuído o monopólio para exame e rejeição da constitucionalidade das leis. O mesmo artigo é encontrado em espanhol: FAVOREU, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. In: GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDES SEGADO, F (Coord.). **La jurisdiccion constitucional em Iberoamerica**. Tradução José Julio Fernández Rodriguez. Madrid: Kykinson, 1997, p. 105. Desde logo, é possível discordar dessa classificação de FAVOREU ao consignar que os Tribunais Constitucionais detêm o monopólio do exame e da reprovação das leis inconstitucionais, bastando referir os exemplos da Alemanha e Portugal para constatar que o **direito de exame judicial** da controvérsia constitucional pode ser conferido, difusamente, à competência de todos os juízes de jurisdição ordinária e não somente aos Tribunais Constitucionais. O mesmo pode ser dito em relação à classificação de que os Tribunais Constitucionais especiais, necessariamente, sejam concebidos **fora** do aparato do Poder Judiciário. Basta citar a experiência latino-americana de controle concentrado de constitucionalidade (Guatemala, Colômbia, Equador e Bolívia, por exemplo), para se verificar que o modelo europeu de controle concentrado não precisa ser concebido, pela Constituição, com a localização do Tribunal Constitucional **fora** Poder Judiciário, já que nos casos indicados integram (**dentro**) o Poder Judicial. O mesmo pode ser dito do Tribunal Constitucional Federal Alemão, onde o art. 92, da Lei Fundamental, agregou-o ao âmbito do Poder Judiciário (ver, sobre os modelos latino-americanos, artigo de BREWER-CARIAS, Allan R. *La Jurisdiccion Constitucional en America Latina*. In: GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDES SEGADO, F (Coord.). **La jurisdiccion constitucional em Iberoamerica**. Madrid: Kykinson, 1997, p. 136-135 e, sobre a Alemanha, consulte-se o estudo de HECK, **O Tribunal...**, p. 101. Consulte-se, também, a obra clássica de FRIEDRICH, **Teoria...**, p. 228, quando trata da revisão judicial das disposições legislativas e da guarda da Constituição, ao dissertar sobre a idéia do político revolucionário francês, Siéyès, de um “*jurado de la constitución...*”, exposta perante a Convenção do dia 2 de Termidor do ano III, ou seja, de um corpo especial

A Constituição Austríaca de 1920 não continha declaração de direitos, mas trouxe importante inovação, instituindo, no seu art. 140, um modelo de tribunal que foi adotado por várias Constituições europeias, passando a ser conhecido como **Corte Constitucional**.¹¹⁰

O Deputado Nilo Alvarenga, em 1933 (vide item **2.3 Constituição de 1934**), propôs a criação de um **tribunal especial** que não faria parte do Poder Judiciário, para o controle da constitucionalidade, sob a justificativa da necessidade de se confiar a jurisdição constitucional a tribunais que tenham a faculdade de derrogar inteiramente as leis julgadas inconstitucionais e os atos do Poder Público resultantes dessas leis, com força obrigatória geral, sem cair nos inconvenientes do “judicialismo” ou no grave perigo de criar a ditadura judiciária no País. Um tribunal que representa como que uma delegação dos demais poderes: “Não é poder que se sobreponha aos demais, não é um quarto poder que pretendo criar, sobrepondo-se a todos os poderes atualmente existentes, mas um poder que não é mais que uma delegação dos demais.”¹¹¹

A Administração Pública (Poder Executivo), no seu exercício independente e provisório, segundo parcela da doutrina, tem o direito e também o dever de negar aplicação à lei que entenda inconstitucional, apesar da presunção de constitucionalidade das leis, apoiado esse entendimento em

encarregado da salvaguarda da Constituição, o qual seria preferível à **revisão judicial**, por ser político e representativo. Conclui FRIEDRICH que a prática norte-americana da **revisão judicial** afirmou que os tribunais judiciais são, em conjunto, apolíticos e, sem embargo, representativos, denegando-se a proposição de um corpo político especial de representantes que tenha a função especial julgar as alegações de infringência à Constituição proposto por Siéyès, ressaltando a necessidade de que o povo tenha uma confiança profunda no saber dos tribunais judiciais e no seu valor profissional e científico.

¹¹⁰ ÁUSTRIA. **Lei Constitucional-Federal Austríaca**. Tradução Luís Afonso Heck. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 4, p. 653-678, jul./dez. 2004: “A tradução tem por base o texto impresso no BGBl. Nr 1/1930 na redação que lhe foi dada pela última modificação publicada no BGBl. Nr. 100/2003. Eu agradeço a Hartmut Maurer pelos esclarecimentos das dúvidas relacionadas com o trabalho da tradução e pelo auxílio na atualização do texto”. O art. 140 foi modificado em 1975 e a alínea 5 foi modificada em 1992. A legislação comparada da Alemanha e da Áustria, sobre o tema “jurisdição constitucional”, também pode ser consultada, com redação atualizada, no livro **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**, igualmente traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, constando o **artigo 140** nas páginas 123-124, sobre o **exame da lei**, com o seguinte texto: “O tribunal constitucional julga sobre anticonstitucionalidade de uma lei federal ou estadual, por solicitação do tribunal administrativo, do tribunal supremo, de um tribunal chamado à decisão em segunda instância, de um tribunal administrativo independente ou da secretaria de adjudicação federal, contanto que, porém, o tribunal constitucional tivesse de aplicar uma tal lei em um assunto judicial pendente, de ofício. Ele julga sobre anticonstitucionalidade de leis estaduais, também por solicitação do governo federal e sobre anticonstitucionalidade de leis federais, também por solicitação de um governo estadual, de um terço dos membros do conselho nacional ou de um terço dos membros do conselho federal. Por lei constitucional federal pode ser determinado que um tal direito de solicitar, com respeito à anticonstitucionalidade de leis estaduais, também compete a um terço dos membros do parlamento estadual. O tribunal constitucional julga, ademais, sobre anticonstitucionalidade de leis por solicitação de uma pessoa, que afirma estar violada imediatamente por essa anticonstitucionalidade em seus direitos, à medida que a lei entrou em vigor para essa pessoa sem pronunciamento de uma decisão judicial ou sem expedição de uma notificação; para tais solicitações, o artigo 89, alínea 3, vale conforme o sentido.”

¹¹¹ ALENCAR, A competência..., p. 241.

jurisprudência superior.¹¹² O STF, considerando a natureza do ato inconstitucional, segundo seu entendimento predominante (*nulidade pleno jure e ab initio, ex tunc*), admite o descumprimento de tal ato, responsabilizando-se, porém, a autoridade pelas conseqüências de seu comportamento caso o Judiciário repute legítimo o ato inaplicado (ver conclusão da próxima nota de rodapé, neste parágrafo).¹¹³ Entretanto, doutrina mais recente considera que a ampla legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, consagrada no art. 103, I e V, da Constituição de 1988, inclusive com medida cautelar (art. 102, I, “p”), torna ilegítimo o uso de recurso excepcional, somente tolerado quando não existiam tais faculdades ordinárias.¹¹⁴

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T. Resp. 23.121-1-GO. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. **LEX**, v. 55, p.153-167, relatado pelo ementou-se que “**O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional**” citando, no acórdão, o escólio de Miranda Lima, Ronaldo Poletti, Lúcio Bittencourt, Carlos Maximiliano, Felipe Tena Ramirez, Gaetano Azzariti e Seabra Fagundes que reconhecem a faculdade em comento ao Executivo.

¹¹³ BRASIL. RTJ, 2/386 e 41/669 (vide MENDES, **Direitos fundamentais...**, p. 311). Essa jurisprudência, que afirmava a possibilidade de o governador emitir ato autorizando seus servidores a descumprir lei inconstitucional (ver ADIn 221-DF, rel. Min. Moreira Alves, no sentido de que a Chefia dos Poderes Executivo e Legislativo podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente atos normativos que considerem inconstitucionais), sujeitando-o às conseqüências pela recusa em cumprir a lei, no caso de solução diversa da por ele estimada, depois de posta a questão em juízo (ver Repr. 980-SP, RTJ 96:508, 1981, rel. Min. Moreira Alves); vigorava quando o controle de constitucionalidade tinha no Procurador-Geral da República o único legitimado para a ação declaratória de inconstitucionalidade, o qual era livre para encaminhá-la, ou não, à apreciação do STF. Para BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70-71, o Administrador poderá recusar o cumprimento de lei que considere inconstitucional, pois até mesmo o particular pode fazê-lo, sujeitando-se a defender sua convicção, caso venha a ser demandado.

¹¹⁴ MENDES, **Jurisdição...**, p. 133. Nesse sentido, Vieira de Andrade sustenta que o agente administrativo não pode recusar a aplicação da lei viciada, mas provocar a autoridade competente para encaminhar o caso ao Judiciário, sugerindo a suspensão da aplicação da lei até a decisão da controvérsia sobre a legitimidade constitucional do diploma a ser aplicado (VIEIRA DE ANDRADE, **Os direitos...**, p. 261). Vide, com mais detalhe, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 126-136. Ainda, do Professor da Universidade de Konstanz, Alemanha, MAURER, **Elementos...**, p. 32-33: “[...] Uma autoridade administrativa não pode simplesmente aplicar uma lei, mas deve, quando existem dúvidas ou são expostas, examinar a constitucionalidade circunstanciadamente. Nesse aspecto, existe concordância com a competência para o exame do juiz, embora ela não seja estreita como lá. Se a autoridade administrativa considera a lei a ser aplicada no caso concreto inconstitucional, não entra em consideração, todavia, uma apresentação no Tribunal Constitucional Federal. O artigo 100, I, da Lei Fundamental, não é aplicável à administração nem direta nem analogicamente. Da competência para a rejeição do Tribunal Constitucional Federal resulta, todavia, que a autoridade administrativa não pode simplesmente recusar incidentalmente e deixar inaplicada uma lei inconstitucional segundo sua concepção, a não ser que a inconstitucionalidade seja manifesta ou exista um caso de urgência. Em contrapartida, ela também não pode simplesmente ignorar a inconstitucionalidade reconhecida e aplicar a lei. Como solução para esse dilema – nem aplicar nem não-aplicar – oferece-se a apresentação para a autoridade administrativa que segue em hierarquia. A autoridade administrativa deve – como também de costume em questões jurídicas difíceis e de grande alcance – dirigir-se à autoridade administrativa superior e pedir a sua decisão; se também a autoridade administrativa que segue em hierarquia considera a lei inconstitucional, deve ela, outra vez, dirigir-se à autoridade administrativa que segue em hierarquia, até a matéria chegar ao governo que, então, segundo a regulação correspondente do artigo 93, I, número 2, da Lei Fundamental, pode solicitar uma decisão do Tribunal Constitucional Federal. Na prática, esse procedimento não se torna atual, porque ele é bastante lento e a decisão, muitas vezes, urgente retarda, mas também porque as autoridades são da concepção que as questões jurídico-constitucionais, freqüentemente difíceis, devem ser decididas pelos tribunais.” Desde logo, podemos observar que a posição do STF até aqui predominante, de que o Chefe do Poder Executivo, ou mesmo o servidor público estatal, deverá suportar os riscos decorrentes da recusa ao cumprimento de lei que se lhe afigure inconstitucional, não leva a sério, nem é coerente com a **teoria da inconstitucionalidade como nulidade absoluta (ipso jure et ex tunc)**, por si adotada, quando cuida dos efeitos da

5 A FORMA BRASILEIRA DE CONTROLE NORMATIVO

O procedimento de os tribunais se ocuparem com a guarda da Constituição, realizando o exame e a decisão de obrigatoriedade geral, ou seja, com força de lei, sobre um determinado preceito legal que aparece com pretensão normativa no ordenamento jurídico, verificando sua validade formal ou se o seu conteúdo é compatível com norma hierarquicamente superior (validade material), surgiu no contexto histórico da organização e desenvolvimento da jurisprudência constitucional da Europa (mais especificamente da Alemanha),¹¹⁵ mormente a partir do modelo austríaco de 1920¹¹⁶ e influenciou fortemente o sistema de jurisdição constitucional do Brasil, onde tem merecido, na doutrina, a denominação de Direito Processual Constitucional.¹¹⁷

declaração de inconstitucionalidade nos seus julgados. A possibilidade de um funcionário vir a ser responsabilizado porque se negou a aplicar uma lei por ele considerada inconstitucional, quando mais tarde foi declarada constitucional, indica que o STF, na prática, afasta-se da teoria da **nulidade** do ato inconstitucional e da natureza **declaratória** da decisão judicial que o reconheceu (jurisprudência até aqui adotada), contradizendo-se em sua posição majoritária sobre essa questão. Se a consequência da inconstitucionalidade é a **nulidade**, não poderia existir sequer o risco de punição do administrador que buscou a aplicação da Constituição. A posição do STF, ao admitir a penalidade do administrador que recusou o cumprimento de lei constitucional, por considerá-la inconstitucional indica, em verdade, inequívoca aproximação da teoria que considera o ato normativo inconstitucional como **anulável** ou **nulificável**, quer dizer, a decisão que o reconhece tem natureza **constitutiva**, nos moldes sugeridos por Hans Kelsen. Aqui pode ser constatado um problema em relação ao tipo de **teoria jurídico-constitucional** adotada em nosso controle normativo de constitucionalidade. Extraem-se resultados diversos em relação ao tipo de invalidade que irá fundamentar as consequências do ato normativo inconstitucional, sendo esse um dos temas centrais acerca dos quais nos ocuparemos no presente trabalho, conforme se verá mais detidamente, adiante, no item **8 (Nulidade da Lei Inconstitucional como Princípio Constitucional)**.

¹¹⁵ Vide HECK, Luís Afonso, quando trata do **direito ao exame judicial** no Tribunal Cameral do Império, de 1495, na Alemanha, e quando trata do **controle de normas**, na Lei Fundamental, no livro: HECK, **O Tribunal...**, p. 46-47 e 126. Também, MAURER, **Elementos...**, p. 30-31

¹¹⁶ Constituição Federal Austríaca, de 1 de outubro de 1920, cujo texto (atualizado) pode ser consultado na obra acima referida, **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, constando a **Lei Constitucional-Federal Austríaca** na página 119 e ss.

¹¹⁷ O termo **Direito Processual Constitucional** refere-se à condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, da organização judiciária e dos princípios fundamentais que regulam a própria jurisdição constitucional. Essa a posição de BONAVIDES, **Curso de...**, p. 31, onde refere que os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram “tão íntimos e apertados que dessa união parece resultar uma nova disciplina em gestação: o Direito Processual Constitucional.” Porém, existe corrente de processualistas que dividem o Direito Processual Constitucional em duas partes, cabendo ao denominado “**Direito Constitucional Processual**” o estudo de princípios e institutos constitucionais do processo, ou seja, a parte geral dos estudos do processo civil e ao **Direito Processual Constitucional** propriamente dito, o estudo das ações constitucionais destinadas à tutela dos direitos fundamentais, tais como o mandado de segurança, hábeas corpus, ação popular, *hábeas data* e mandado de injunção, além do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Incluem-se nesta última posição: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125-130; Nelson Nery Jr. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Revista dos Tribunais. p. 19-21 e MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001, v. 6, p. 59. Entendemos que a dicotomia não apresenta interesse prático, sendo de difícil classificação metodológica, na medida em que as questões relativas ao **processo constitucional**, em verdade, integram o Direito Constitucional. Reputamos como melhor técnica, simplesmente a denominação **procedimento para controle de normas**, afastando-se sub-classificações peculiares a outros ramos do Direito que não condizem com o processo *sui generis* que caracteriza e, ao mesmo tempo, distingue a jurisdição constitucional.

Desde os seus primórdios, em nosso mecanismo de controle normativo judicial-constitucional, considerou-se que qualquer processo será um processo constitucional, porque todo cidadão tem o direito de suscitar questões constitucionais subjacentes às situações individuais (*in casu*), opondo-se ou argüindo, a qualquer juiz ou tribunal, da primeira à última instância, o vício de inconstitucionalidade, cabendo a estes, descentralizadamente (verificação **geral** e **homogênea** de que fala Pontes de Miranda, no item anterior), no exercício de sua atividade jurisdicional comum, se pronunciarem negando a aplicação, ao caso concreto, da lei ou ato normativo por si declarado inconstitucional.¹¹⁸

¹¹⁸ Existem países que não admitem o **controle difuso** de normas exercido por provocação de qualquer pessoa e onde qualquer juízo ou tribunal individual possua faculdade própria de decisão ou de exercer competência de controle da validade das normas frente à Constituição, no quadro de um conflito jurídico concreto que envolva interesse individual (subjetivo), quer dizer, onde a validade da norma é controlada como questão prejudicial (em um procedimento com outro objeto) e não ela mesma (validade da norma) constituir-se questão que forma o objeto mediato ou imediato do procedimento, do debate judicial e da decisão, conforme acontece no Brasil. Nesses países o **controle difuso** é admitido, ao mesmo passo que contempla o **controle concentrado**, mas o juiz ou tribunal individual que pretenda revisar a validade da norma ou não-aplicá-la ao entendê-la inválida por inconstitucionalidade, não poderá rejeitá-la diretamente, como aqui, mas somente proceder à provocação, de ofício, exercendo, assim, o poder de examinar a constitucionalidade duvidosa da lei, para que a norma impugnada seja apresentada ao tribunal constitucional, o qual concentra a **competência para rejeição**, possuindo, destarte, uma **instância específica**, o monopólio de controle de normas. Ex. Alemanha, art. 93, I, 4 a e 100, da Lei Fundamental; Áustria, centralizou a **competência para o exame também no tribunal constitucional**, onde é aberto um “procedimento de exame de lei”, nos arts. 137-148; Espanha, com o **recurso de amparo**, arts. 161, I, b e 162, I, b, da Constituição Espanhola; Itália, com a criação de uma especial Corte Constitucional, prevista na Constituição de 1948 e instituída em 1956, arts. 134 a 137 e Portugal, onde qualquer juiz ou tribunal, no julgamento das ações de sua competência, argüem a inconstitucionalidade perante a Corte ou Tribunal Constitucional. De ressaltar, entretanto, que na fórmula portuguesa juízes e tribunais possuem competência para exame e rejeição, com recurso voluntário ou necessário, conforme o caso, para um Tribunal Constitucional situado fora da ordem judicial, art. 280, Constituição Portuguesa.

Cumprе esclarecer, desde logo, que para designar estruturas lógico-universais ou que resultam de critérios racionais e científicos incorporados como produto de generalizações unívocas, padronizando procedimentos de controle normativo puros (como o difuso e o concentrado), em diversas passagens do presente texto, utilizaremos a expressão “**modelo**”, sendo oportuno anotar, para afastar quaisquer questionamentos ou debates periféricos que possam ser suscitados, que tomamos por base, para noção do significado dessa expressão, a definição de ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira Alfredo Bosi e revisão e tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 678, no verbete: “**MODELO (in. Model; fr. Modèle; al. Modell; it. Modello)**. 1. Uma das espécies fundamentais de conceitos científicos (v. CONCEITO), mais precisamente o que consiste na disposição caracterizada pela **ordem** dos elementos de que se compõe, e não pela natureza desses elementos. Por isso, dois M. são idênticos se a relação de suas ordens puder ser expressa como **correspondência biunívoca**, ou seja, tal que a um termo de um corresponda um, e apenas um, do outro, e que a cada relação de ordem entre os elementos de um corresponda idêntica relação entre os elementos correspondentes do outro. O cálculo numérico ordinário é o melhor exemplo de correspondência biunívoca: se, de um lado, houver cinco livros e, de outro, cinco lápis, essas duas séries de objetos podem ser alinhadas na mesma ordem ou os objetos podem ser colocados um sobre o outro. Do mesmo modo, a série dos números inteiros tem correspondência biunívoca com os números pares, e assim por diante. Para ser útil, um M. deve ter as seguintes características: 1) simplicidade, para que seja possível sua definição exata; 2) possibilidade de ser expresso por meio de parâmetros suscetíveis de tratamento matemático; 3) semelhança ou analogia com a realidade que se destina a explicar. Os M. mecânicos pareciam indispensáveis à ciência do séc. XIX, mas hoje diferentes disciplinas utilizam M. puramente teóricos: economia (que utiliza jogos), psicologia, biologia, antropologia (cf. HEMPEL, **Aspects of Scientific Explanation**, 1965, p. 445 e nota 28). Lévi-Strauss considerou **estrutura** (v.) como um M. desse gênero, para a explicação dos fatos sociais (**Anthropologie structurale**, 1958, cap. XV). 2. O mesmo que **arquétipo** (v.)”.

Em conseqüência, todo e qualquer juiz que preste jurisdição no Brasil será, antes de tudo, um verdadeiro “juiz constitucional”, mesmo que sua “Corte” esteja reduzida, isoladamente, à medida de jurisdição de sua própria **instância** (“os juízes podem ser entendidos como pequenos tribunais constitucionais materiais”¹¹⁹), porque exercerá, sem necessidade de adotar uma **instância específica**, a competência para exame (ou direito ao exame) e, além disso, também procederá à rejeição incidental, ou recusa da validade de norma jurídica, para proteger interesses feridos por ato que considere inconstitucional. Isso porque não existe, entre nós, a necessidade de submeter-se, *per saltum*, à **concentração** da decisão em um tribunal constitucional superior ou instância com competência de controle específica, que tenha o monopólio para aferir a ofensa a enunciado normativo constitucional.

¹¹⁹ HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Fabris, 2006, Apresentação, nota 47, p. 29. A expressão “**pequenos tribunais constitucionais**” é encontrada em Robert Alexy, quando trata da relação de cooperação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada, onde esta exerce, no espaço de conhecimento normativo, jurisdição constitucional material (ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 92)

6 O MODO DE EFETIVAÇÃO DO CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO:

Hartmut Maurer, secundado, no Brasil, por Luís Afonso Heck, fornece interessante classificação distintiva acerca da formação jurídico-procedimental do controle normativo, que se registraria como **inusitada** dentre nossos comentadores, sobre o tema da revisão judicial da legislação. Lembra que no âmbito dos **tipos de controle normativo** deve ser distinguido, na sua regulação processual, **pares conceituais** que também terão repercussão jurídico-materiais a saber:

O *par conceitual* - **controle incidental e controle principal** -, refere-se ao **objeto do litígio**. No controle normativo **principal**, somente a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei será objeto do procedimento para comprovação de uma contradição normativa (exclusividade). A validade mesma da norma é objeto principal da comprovação de anticonstitucionalidade. No controle normativo **incidental**, a questão da validade de uma norma que fundamenta a decisão surgirá, como questão prejudicial, no bojo de um procedimento pendente, cujo objeto não será a questão constitucional, mas a conformidade de um ato ao direito (por exemplo, a juridicidade de uma notificação de imposto). A decisão final depende do esclarecimento e decisão acerca da questão prejudicial da constitucionalidade da lei (direito) que está na base do ato sob exame (por exemplo, da lei tributária que está na base da notificação de imposto).

Esclarece que o *par conceitual* - **controle abstrato e concreto** - dirige-se ao **motivo** do controle normativo. No controle **abstrato** não existe conexão com um caso litigioso e, por isso, é sempre um controle normativo principal, ao revés do **concreto**, onde ocorre aquela conexão com um conflito jurídico concreto, realiza-se por motivo de litígio, porque se apresenta a questão de saber se a lei que dará substrato à decisão é ou não compatível com a Constituição.

Também, que o *par conceitual* - **controle concentrado e controle difuso** - aponta para o **tribunal competente** para a decisão. No controle normativo **concentrado**, tanto a **competência para o exame**, como a **competência para a rejeição**, estão concentradas em um mesmo tribunal. No **controle difuso**, as competências para exame e rejeição encontram-se espalhadas nas mãos de juízes, monocráticos, ou não (tribunais ordinários) e todos podem aferir a conformidade constitucional do ato normativo que fundamenta a decisão judicial. O controle normativo principal é sempre um controle concentrado e deve ser realizado pelo Tribunal Supremo, porque o âmbito do efeito da declaração de nulidade deve corresponder ao âmbito de validade da lei. Mas o controle

normativo concentrado pode estar unido ao controle incidental, quando os juízes processuais, no exame de caso concreto, solicitam decisão a um tribunal supremo, quando consideram uma lei inconstitucional. O controle difuso será sempre um controle normativo incidental.

Por último, o *par conceitual - controle normativo especial e controle integrado* - expressa o fato de a jurisdição constitucional ser atribuída a um **tribunal constitucional especial** ou a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos jurídicos (civil, penal, etc).¹²⁰

No Brasil, pode-se afirmar que mencionados **pares conceituais** se cruzam, outorgando-se ao STF, órgão do Poder Judiciário, a tarefa de ser o guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF), no controle concentrado, ao mesmo tempo em que é tribunal supremo de revisão do direito ordinário, no qual, dentro do controle difuso, também realiza o controle de normas incidentalmente.

Essa classificação será útil para relatarmos, ao final, problemas de coordenação para compatibilização de nosso controle normativo difuso e concentrado, por muitos autores chamado de **sistema tipo misto de controle de constitucionalidade**.¹²¹ Conforme sinalizado na **introdução**

¹²⁰ MAURER, **A revisão...**, prelo. Também consta a classificação supra, no artigo de autoria de HECK, Luís Afonso. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 800, jun. 2002, p. 58.

¹²¹ O significado para a expressão “**sistema**” pode ser o que consta do ABBAGNANO, **Dicionário...**, p. 908-909, no verbete respectivo, a mencionar-se: “**SISTEMA** [...] 1. Uma totalidade dedutiva de discurso. Essa palavra, desconhecida neste sentido no período clássico, foi empregada por Sexto Empírico para indicar o conjunto formado por premissas e conclusão ou o conjunto de premissas (Pirr. Hyp., II, 173), e passou a ser usada em filosofia para indicar principalmente um discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras. Leibniz chamava de S. o repertório de conhecimentos que não se limitasse a ser um simples inventário, mas que contivesse suas razões ou provas e descrevesse o ideal sistemático da seguinte maneira: “A ordem científica perfeita é aquela em que as proposições são situadas segundo suas demonstrações mais simples e de maneira que nasçam umas das outras” (**Methodo de la certitude**, Op., ed. Erdmann, pp. 174-75) Wolf, por sua vez dizia: ‘Chama-se de S. um conjunto de verdades ligadas entre si e com seus princípios’ (Log., § 889). A noção de S. moldava-se assim na de procedimento matemático. Kant subordinou-a a outra condição: a unidade do princípio, que fundamenta o sistema, pois ele entendeu por S. ‘a unidade de múltiplos conhecimentos, reunidos sob uma única idéia’; afirmou que o S. é um todo organizado finalisticamente, sendo portanto uma articulação (**articulatio**), e não um amontoado (**coacervatio**); pode crescer de dentro para fora (**per intussusceptionem**), mas não de fora para dentro (**per appositionem**), sendo, pois, semelhante a um corpo animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção do conjunto, torna cada um dos membros mais forte e mais apto a seu objetivo (**Crít. R. Pura**, Doutr. Do método, cap. III). Com base nisso, Kant fala de **‘unidade sistemática** do conhecimento, da qual as idéias da razão pura tentam aproximar-se’ (**Ibid.**, Dialética, cap. II, seq. I). A unidade do S., ou seja, sua possibilidade de derivar de um único princípio, é a característica que determinou o sucesso dessa noção na literatura filosófica romântica. [...] 2. Qualquer totalidade ou todo organizado. Neste sentido, fala-se em ‘S. solar’, ‘S. nervoso’, etc., e também de ‘classificação sistemática’ ou, mas simplesmente, de S. em lugar de classificação, como fez Lineu, quando quis insistir no caráter ordenado e completo de sua classificação (**Systema naturae**, 1735). Desse ponto de vista, às vezes se faz a distinção entre o S. como conjunto contínuo de partes que têm inter-relações diversas e a **estrutura** (v.) ou a organização que os componentes dele podem assumir em determinado momento (W. BUCKLEY, *Sociology and Modern System Theory*, 1967, p. 5) [...]”. Ver, com esse mesmo sentido, item **9 (Unidade Normativa do Ordenamento Jurídico-Constitucional)**. Todavia, conforme aludimos supra, no item **5 (A Forma Brasileira de Controle Normativo)**, demos preferência ao termo **modelo** na

deste trabalho, para onde se remete o leitor, utilizaremos, preferencialmente, as expressões **controle difuso e controle concentrado**, porque convém operacionalmente à exposição ora proposta, já que adotamos como um dos **eixos principais** para o presente trabalho, a estrutura teórico-compreensiva esboçada por Maurer, na parte onde o autor classifica, didaticamente, o par conceitual

busca de clarificar conceitos, mesmo quando grande parte da doutrina brasileira utiliza a expressão **sistema** para as classificações dos tipos, formas ou espécies de controle normativo, consoante ocorre no parágrafo sob comento. Sendo assim, o **controle normativo**, nos moldes como o nosso foi positivado, também é conhecido e classificado na doutrina como **modelo ou sistema misto de controle de constitucionalidade**. Confira-se: MIRANDA, **Manual...**, v. 6, p. 112. cataloga o caso do Brasil com a denominação **sistema misto**, justificando que, dentre os modelos judicialistas, existem aqueles que incorporam contributos de mais de um modelo, ora com divisão, ora com a concorrência de competências, ressaltando o autor português não significar coincidência total de formas e de regimes jurídicos a recondução a um ou outro dos grandes modelos, pois cada país oferece características peculiares identificadoras de cada sistema local; ALVES, José Carlos Moreira. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 10; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 84; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Introdução à edição brasileira do livro “Jurisdição Constitucional”** de KELSEN, Hans. Tradução do alemão de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003; MIRANDA, op. cit., v. 6, p. 112; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 57. Há quem classifique o controle concentrado adotado no Brasil (e em Portugal) como **sistema de controle eclético ou híbrido**, porque coexistem o método difuso, pelo sistema do exame incidental (herdeiro do *judicial review* norte-americano) e o método concentrado, pelo sistema de exame abstrato (inspirado na matriz austríaca), cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 41-42. Na classificação de Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Galliás de Souza Vargas, ao tratarem do tema da ADPF, na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, 2000, p. 70, referem que o Brasil adotou um **sistema misto de controle de constitucionalidade**, que compreende tanto o controle difuso quanto o concentrado: “Trata-se de um sistema mais completo e arrojado, uma vez que encampa várias possibilidades de controle da constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, seja obtendo efeitos erga omnes, seja possibilitando a defesa individual. No nosso sistema convivem, então modalidades de controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade) e de controle difuso (que se dá através das mais diversas ações judiciais)” ; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 92, out/dez. 1989, p. 46, considera que há **controle misto** quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional e as leis locais sob o controle jurisdicional. O ex-Ministro do STF ampara-se no conceito fornecido por José Afonso da Silva (vide nota 17, do artigo citado). De registrar, ainda, a posição de Anhaia Mello, conforme FERRARI, **Efeitos...**, p. 84: “[...] apresenta como outra forma de controle a forma brasileira, por ele denominada mista, explicando que assim a considera porque “os constituintes de 46 e 67 em matéria de controle o entregam ao Judiciário, de forma difusa, e sob forma concentrada em certos e determinados casos, mas submetem, **a posteriori**, a matéria de inconstitucionalidade ao Senado, órgão político, ao qual cabe a suspensão da eficácia da lei dada como inconstitucional (21)”. Ao tratar dos tipos e sistemas de controle de constitucionalidade e a distinção entre eles quanto ao órgão controlador, FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. O controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 123, 1994, p. 240, considera **controle misto**, quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado reunidos, todos, em um tribunal não-judicial, de competência especializada. Como se vê o “**misto**” é visto em relação ao tribunal que controla as normas e não em relação ao convívio ou intercâmbio de mecanismos do sistema difuso e do concentrado entre si. CAPPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 67, nota 3, lembra que o México e Irlanda também adotam sistemas de controle chamado por ele de **mistos ou intermediários**. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 896, fala em “circulação recepção e hibridação” do modelo unitário (associado ao controle difuso – a jurisdição constitucional não se distingue substancialmente de outras formas de jurisdição) e do modelo de separação (controle concentrado – Tribunal Constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, institucionalmente **separado** de outros tribunais), onde estaríamos, hoje, assistindo a uma “progressiva convergência” dos modelos.

da competência para exame e rejeição – dando, com isso, destaque ao ponto de vista desde o **órgão constitucional** que realiza o controle normativo.

6.1 Controle Concentrado

O controle de constitucionalidade em tese, ou o controle normativo principal, *in abstracto*, objetivo, por ação direta, é feito, no Brasil, sempre por meio do **controle concentrado de normas**, o qual visa, unicamente, a defesa da coerência da ordem jurídica fundamental, objetivamente considerada.

Existe distinção entre controle concentrado e **modelo** concentrado. Para melhor explicitar essa diferenciação e partindo-se da classificação dos **pares conceituais e dos tipos de procedimentos** delineados por Hartmut Maurer, permitimo-nos estruturar os métodos de controle de constitucionalidade das normas, sob **quatro** formas características, a saber:

a) Modelo Concentrado ou Austríaco – nesse modelo, conhecido também como “modelo europeu”, somente o Tribunal ou Corte Constitucional, como instância especial e exclusiva, de jurisdição em nível constitucional, situada fora da organização do Poder Judiciário, **monopoliza** a competência - tanto para o **exame** como para a **rejeição** ou não-aplicação de normas -, não admitindo, portanto, que juizes e tribunais, de jurisdição em nível ordinário individual-concreto, tenham competência para conhecer (**exame**) ou julgar (**reprovação**) sobre a constitucionalidade das leis. A competência para exclusão de normas, implica a de examinar sua constitucionalidade, por isso também pode ser chamado de **método exclusivamente concentrado ou puro**.

b) Modelo Difuso ou Norte-americano – nesse modelo, as questões sobre validade constitucional de uma lei são entregues a qualquer juiz ou tribunal de jurisdição em nível ordinário (legal), sem necessidade de um procedimento especial e conferindo-se a competência para **exame** e a competência para **rejeição ou reprovação** de leis incompatíveis com a Constituição, a todos os órgãos judiciários chamados a apreciar um caso concreto submetido à sua decisão. Ao contrário do que ocorre com o modelo europeu puro ou exclusivo, no modelo difuso de controle de constitucionalidade não existe o **monopólio da rejeição** de leis (no sub-item **6.2 Controle Difuso** nos ocuparemos com mais detalhes sobre esse método de controle).

c) **Controle Concentrado predominante combinado com o Controle Difuso** - nessa formação jurídico-procedimental não se vislumbra um **modelo exclusivo** como nos dois supracitados, mas uma combinação de **tipos de controle normativo** (toma-se como apoio a classificação de Hartmut Maurer), que tem como exemplo a Alemanha. Nesse **tipo** existe, pois, a competência jurisdicional ordinária difusa de todos os juízes procederem, de ofício, ou mediante provocação, somente ao **exame** ou verificação da validade da norma subjacente ao caso concreto frente à Constituição. Havendo controvérsia ou dúvida sobre a constitucionalidade da norma (objeto do exame é o conteúdo da lei), o julgador determinará a suspensão processual (suspensão do procedimento) e remessa da prejudicial ao Tribunal especial competente que **concentra** o poder de decidir sobre sua constitucionalidade (o conteúdo da Constituição é o critério de exame).¹²² Não existe, portanto, o **monopólio para exame** na interpretação da questão constitucional. Mas há o **monopólio para rejeição** de lei ou ato normativo incompatível com a Constituição, concentrado em uma Corte ou Tribunal Constitucional com jurisdição em nível superior à ordinária (comprovação da anticonstitucionalidade).¹²³ Por conseqüência, não é possível dizer que estamos diante de um **modelo difuso de controle**, como o norte-americano, mas somente que temos a combinação com um **tipo de controle difuso de normas**. Trata-se, sem dúvida, de um “modelo intermediário” onde predomina o **controle concentrado**, já que, uma vez exercido o dever de apresentação da questão constitucional ao Tribunal Constitucional, somente este detém o

¹²² Na Alemanha, o controle difuso de normas sujeita-se ao **dever de apresentação judicial**, entretanto, detêm os juízes e tribunais a competência para o exame ou conhecimento da questão de inconstitucionalidade *in casu*. Porém, a faculdade judicial de controle de normas ou de **rejeição** é monopolizada somente em um Tribunal (*Verfassungsgericht*), assim como o controle concentrado. Vide supra, item 5 (**A Forma Brasileira de Controle Normativo**). Diz Otto Bachof: “O monopólio decisório dos tribunais constitucionais não contradiz o princípio da competência genérica de todos os tribunais. Tal como também noutras questões jurídicas os tribunais inferiores têm de acatar o <<melhor>> juízo de tribunais superiores, assim acontece do mesmo modo aqui, no tocante à **validade (Geltung)** de normas jurídicas. O juiz apenas pode e deve exigir que a validade (**Geltung**) das normas jurídicas que tem de aplicar esteja sujeita a controlo judicial: exigir que qualquer juiz estivesse autorizado a proceder, ele próprio, a este controlo, seria contrariar o mandamento da segurança jurídica e com isso, afinal de contas, pôr em perigo, por seu lado, um princípio da justiça” (BACHOFF, **Normas...**, p. 79). É certo que, consoante o art. 93, I, 4, a e b, da Lei Fundamental de Bonn, haverá a possibilidade de, diante de um caso individual, de violação ou prejuízo contra qualquer pessoa por ato do poder público, por negativa de proteção ou para realização de seus direitos fundamentais, ou de algum dos direitos contemplados no art. 20, § 4º (princípio constitucional do direito de resistência) e nos arts. 33, 38, 101, 103 e 104, todos, da Lei Fundamental citada, seja utilizado o remédio jurídico extraordinário do **recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)**, que será, nessa hipótese, caso excepcional de **controle concreto** (relação jurídica subjetiva, individual) **principal e concentrado**, porque o caso concreto, preenchidos os requisitos de admissão, será levado ao Tribunal Constitucional para realização do controle centralizadamente (este recurso tem sido utilizado para atacar decisões judiciais perante o Tribunal Constitucional). Na Espanha, com o **recurso de amparo**, também um único Tribunal realiza o controle concreto e abstrato, art. 161, I, b e 162, I, b, da Constituição da Espanha de 1978. Também, no art. 41 e seguintes da Lei Orgânica daquele Tribunal Constitucional. A propósito do controle concreto e controle concentrado, ainda, BARROSO, **O controle...**, p. 50, lembra que com a ADPF, criada pela Lei nº 9.882/99, passou-se a admitir uma hipótese de **controle incidental concentrado**.

¹²³ Vide Lei Fundamental Alemã, art. 100, I e § 80 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão (**apresentação judicial**) e Constituição da Espanha, art. 163. Anote-se que na RTJ 169/458, o STF chegou a discutir a questão da apresentação judicial em vista da suspensão do procedimento.

monopólio de rejeição de normas, realizando a **exclusão** da aplicação do direito legislado inválido do ordenamento jurídico-positivo, após a comprovação da incompatibilidade. Assim, também se pode afirmar que não se trata de um **modelo concentrado** exclusivamente, como ocorre na Áustria, encontrando-se aí, a diferença entre **controle concentrado e modelo concentrado** a que nos referimos no início do parágrafo.¹²⁴

d) Controle Difuso predominante combinado com o Controle Concentrado - nessa formação jurídico-procedimental também não se vislumbra um **modelo** exclusivo e sim outra combinação de dois **tipos de controle normativo** (também se inspira nos pares conceituais de Hartmut Maurer), tendo como exemplo o Brasil. Nesse **tipo**, qualquer juiz ou tribunal de jurisdição em nível ordinário (legal), sem necessidade de um procedimento especial, detém a competência para **exame** e para **rejeição ou reprovação** de leis incompatíveis com a Constituição, ao apreciarem um conflito jurídico concreto submetido à sua decisão. Não há concentração do poder de decidir sobre a constitucionalidade das normas em nível individual-concreto, numa instância única, porque vigora um **modelo difuso**. Não existe, portanto, o **monopólio para exame e rejeição**, característico ao **modelo concentrado de controle de constitucionalidade**. Contudo, existe um **tipo de controle concentrado** (não modelo!), com monopólio do **exame e da rejeição** pelo STF, como tribunal de cúpula integrante da organização administrativo-institucional do Poder Judiciário. Esse controle é realizado mediante procedimento especial em nível de jurisdição constitucional (não-legal) no STF, instância única para o julgamento, somente nos casos de ADIn, ADC, ADIO, ADPF e Ação Direta Interventiva. Podemos falar, destarte, de um **controle concentrado** combinado com um **modelo difuso de controle de constitucionalidade**, já que a competência para exame e rejeição não pertence unicamente ao STF, embora esse Órgão Constitucional seja qualificado como **órgão de defesa e de garantia da hierarquia normativa da ordem constitucional**. Fica descentralizada pelos diversos órgãos de jurisdição, a competência para **rejeição** de uma norma jurídica, dificultando, dessa maneira, a coordenação estrutural-funcional do controle de normas e a formação de um saber sistemático desejável pela coerência e integração da experiência constitucional. Pelo **monopólio de rejeição** podem ser alcançadas a certeza jurídica e unidade jurídica, que desempenham papel crucial contra o perigo de decisões contraditórias na ordem fundamental jurídica da comunidade estatal geral. Trata-se, sem dúvida, de outro “modelo

¹²⁴ A doutrina, em geral, não estabelece a distinção característica apenas ao controle concentrado, em relação ao funcionamento de um **modelo** concentrado completo, próprio, conforme propomos aqui, considerando “sistema” ou model concentrado tanto o modelo da Áustria como os da Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, dentre outros (vide CAPPELLETTI, **O Controle...**, p. 76, 84 et seq; CANOTILHO, **Direito...**, p. 898-899; BREWER-CARIAS, *La jurisdiccion...*, p. 134-135.

intermediário” onde predomina o modelo difuso norte-americano com a presença de um **tipo de controle concentrado**, em hipóteses enumerativas, que funcionam autônoma e independentemente da coexistência daquele modelo.

O **controle normativo abstrato e concentrado** é feito através de um **processo objetivo** (*objektives Verfahren*), quer dizer, independente de justificação subjetiva das **partes** para a defesa da Constituição. Não serve à proteção jurídica do promovente, daquele que busca a proteção de uma relação jurídica ou direito subjetivo, porque independe de um processo em curso, como decorrência de uma causa concreta.¹²⁵

Nessa ótica do procedimento, não se pode negar, com Heck, que a jurisdição constitucional (entenda-se nela, expressivamente, o procedimento do controle concentrado) não se exaure com a guarda (protetora) da Constituição, que sinala o coroamento do Estado de Direito, mas também a concretização dos princípios constitucionais, que ocasiona uma comunicação dialética entre a norma jurídica e a realidade e um entrosamento entre a Constituição, vista na perspectiva da unidade de uma ordem de valores, mais ou menos fechada, e o restante da ordem jurídica, possibilitadas, por conseguinte, múltiplas discussões políticas e concretizações jurídicas.¹²⁶

As pessoas legitimadas pelo artigo 103, incisos I a IX, da Constituição Federal e artigo 2º, da Lei nº 9.868/99, são entes legitimados a atuar institucionalmente na defesa da Constituição, sem defender interesse próprio, pessoal, mas o interesse coletivo, são, destarte, legitimados universais, em decorrência de suas próprias atribuições: o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da OAB. São legitimados especiais, dependentes da demonstração de interesse consistente **no vínculo de pertinência temática** entre as atribuições exercidas e o ato impugnado, tais como as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, as quais têm de demonstrar que a norma combatida fere interesses dos respectivos filiados ou associados, ou seja, deve ter em vista o **objetivo social**, previsto no estatuto, e o alcance da norma atacada.¹²⁷ Referido vínculo erigiu-se à condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam*, além das entidades citadas, também as Mesas

¹²⁵ Cf. HECK, **O Tribunal...**, p. 125. Vide, para mais, CLÈVE, Clémerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 337, ano 1997, p. 169. onde realça que o controle abstrato e principal não serve para solução de um conflito inter-subjetivo onde exista pretensão resistida ou interesse concreto em jogo.

¹²⁶ Ibidem, notas 1 e 2, p.167-168.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1.508. Relator Min. Marco Aurélio. *DJ* 29 nov. 1996.

das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do DF e Governadores dos Estados-Membros e do Distrito Federal.¹²⁸ Sobre a legitimidade das associações de associações, casos da CONAMP e AMB, decidiu o STF que: “[...] afastou-se, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade da CONAMP e a de ausência de pertinência temática das requerentes. Quanto àquela, tendo em conta recente precedente do Pleno no qual se decidira pela legitimação para ação direta de inconstitucionalidade das chamadas “associações de associações”¹²⁹ e, ainda, em virtude de o novo estatuto da CONAMP restringir a qualidade de associados efetivos às pessoas físicas integrantes da categoria. Quanto à AMB, por se entender que as normas impugnadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário e, por conseguinte, entre os do Ministério Público, o que configuraria a necessária relação de pertinência entre aquelas e as finalidades institucionais das respectivas entidades nacionais de classe.¹³⁰

Quanto aos **partidos políticos** com representação no Congresso Nacional, entendeu o STF possuírem **legitimação ativa universal**, inexistindo limitações materiais para efeito de instauração do controle normativo abstrato, independentemente de restrições decorrentes do vínculo da pertinência temática. Isso porque essas agremiações participam, por intermédio de seus representantes parlamentares, do processo de formação de quaisquer leis, cabendo-lhes, sobretudo no que concerne às minorias parlamentares que nos partidos políticos atuam, o indisponível direito à fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, instrumento decisivo na concretização do princípio democrático. Esse direito não fica restrito à defesa de direitos políticos, mas compreende todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade e os partidos não ficam adstritos somente ao uso do controle abstrato de normas, mas mesmo em sede de controle concreto, não lhes podendo ser vedado o uso de **mandado de segurança coletivo** para situações concretas de risco ao patrimônio histórico, cultural ou ambiental da comunidade, atuando o Partido Político na defesa do interesse de várias pessoas, independentemente de filiação. Porém, o incentivo da Constituição para o processo de institucionalização desses **corpos intermediários**, assegurando o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, já que os partidos, e somente eles, possuem o monopólio das candidaturas aos cargos eletivos, não se estende a hipóteses de direitos individualizáveis ou divisíveis de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária, descabendo

¹²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ADIns 1.396-3-SC e 1.096-RS.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.153 Agr/DF — Vide Informativo 356.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.797/DF e ADIN 2.860/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 22 set. 2004. (ADIN 2.797; ADIN 2.860).

substituir esses cidadãos cujos interesses individuais deverão ser postulados por eles próprios, por meio de ações individuais ou coletivas.¹³¹

A seu turno, os legitimados para propositura da ADC, nos termos do art. 103, § 4º da CF e art. 13, da Lei nº 9868/99, são reduzidos aos entes políticos, já que se trata de uma ação que visa, eminentemente, a proteção do governo, com exceção do Procurador-Geral da República, em relação às declarações de inconstitucionalidade das leis. Poderá ser proposta somente pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República.

Merece registro, a propósito, a abertura que o artigo 7º, § 2º, da Lei 9868/99 ensejou à participação de outros órgãos ou entidades no processo da ação direta de inconstitucionalidade, esboçando uma tendência a uma esfera pública pluralista onde não apenas o constitucionalista participa do processo de interpretação. Nessa ótica, é pertinente lembrar, nesse contexto, o pensamento de Peter Häberle de que: “Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (**Verfassung als öffentlichen Prozess**).”¹³² Essa possibilidade interpretativa, contudo, não infirma, ao contrário, associa-se às características e a finalidade da ação, que é a apuração, em uma questão **principal**, da compatibilidade, ou não, de uma norma com a ordem jurídico-constitucional objetiva, portanto, preserva um **interesse genérico de toda a coletividade**. Para Kelsen, em oposição a um interesse privado, trata-se de um **interesse público** que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.¹³³

As espécies de controle concentrado de legitimidade dos atos estatais contempladas na Constituição são quatro:

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.96184/AM Relatora Min. Ellen Gracie. **Informativo STF**, n. 372, 2004.

¹³² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 32.

¹³³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Artigo *Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 312 e 314. No original: *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. *The Journal of Politics*, v. 4, n. 2, p. 195-196, may. 1942.

a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);

b) ação de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);

c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º);

d) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*, EC nº 03, de 17.03.1993).¹³⁴

O sistema brasileiro recebeu, também, através da Lei nº 9.882, de 03.12.1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentando-se o §1º do art. 102, da CF, que passou a integrar o controle concentrado. Acrescentamos às ações mencionadas, após a edição da EC nº 45/2004, consagrando a **súmula vinculante**, que a **Reclamação** transformou-se em **ação especial de status constitucional** voltada não somente à garantia da observância da súmula de efeitos vinculativos (art. 103-A, § 3º, CF), da autoridade das decisões e da competência do STF (art. 102, I, “I”, CF), como também uma **ação constitucional** voltada à proteção da ordem constitucional como um todo, porquanto admitida a possibilidade de o STF realizar o controle da constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou semelhante, a outras leis que já foram objeto de seu controle concentrado.¹³⁵

As regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ação direta de inconstitucionalidade serão, na sua essência, extensíveis à ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista o caráter **dúplice ou ambivalente** das duas ações (art. 24, Lei 9868/99). Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.¹³⁶ Em uma e outra se exerce o controle objetivo e abstrato da constitucionalidade. Conforme Sepúlveda Pertence, “[...] quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma **força vinculante** haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ADIn.”¹³⁷ Da natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, decorre

¹³⁴ MORAES, Alexandre. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 627.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em RECLAMAÇÃO nº 4.987-6, Pernambuco. Relator: Min. Gilmar Mendes. 07 mar. 2007.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Processo e Julgamento da ADIn e da ADC perante o STF: uma proposta de projeto de lei. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em:

que se destina não somente a eliminar da ordem jurídica a lei inconstitucional, como solucionar, eventuais dúvidas que venham ocorrer a respeito da constitucionalidade de leis válidas, sendo que as decisões confirmatórias de constitucionalidade também são dotadas de eficácia ampla e geral – *erga omnes*. O art. 102, § 2º, da CF, com a redação da EC nº 3/93 previa a eficácia contra todos e efeito vinculante para a ADC, acrescentando, por último, a EC nº 45/2004, no mesmo parágrafo, tais conseqüências também para a ADIn,¹³⁸ que antes não constava no preceito constitucional. O parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9868/99, que disciplina o processo e julgamento da ADIn e da ADC e o § 3º do art. 10, da Lei nº 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF, também prescrevem a eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões ali promulgadas.¹³⁹

Antes da edição dos diplomas normativos citados acima, discutia-se se a eficácia **erga omnes**, como atributo das decisões de mérito dos processos chamados *objetivos*, quando da pronúncia de inconstitucionalidade, no controle concentrado de normas, tinha, ou não, hierarquia constitucional, o que, agora, está fora de qualquer dúvida, em face dos textos constitucional e legal.¹⁴⁰

<<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/oefeitovinculantegilmar.html>>. Consultar, também, a **Revista de Informação Legislativa e a ADEC 1**, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 157:390-1, voto do Min. Sepúlveda Pertence, com o mesmo entendimento sobre o caráter dúplice da ação.

¹³⁸ **Art. 102.** [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹³⁹ BRASIL. Lei nº 9868/99. **Art. 28.** Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Lei nº 9882/99: **Art. 10.** Julgada a ação, far-se-á 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. [...] § 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

¹⁴⁰ MENDES, **Jurisdição...**, p. 252. Diz o atual Ministro do STF: “Somente em 1977 deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da decisão proferida na representação interventiva, a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia **erga omnes**. Essa orientação foi fixada em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia **erga omnes** da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal.

Desde então, não mais se coloca em dúvida, na doutrina e na jurisprudência, a eficácia **erga omnes** da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas [...] Admite-se, atualmente, na doutrina que a eficácia **erga omnes** da pronúncia de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas tem hierarquia constitucional” (Obviamente com a EC nº 45/2004, a citação perdeu atualidade).

A sentença que decretar a inconstitucionalidade no controle abstrato fará **coisa julgada material**, nos termos dos arts. 467 e 468, do Código de Processo Civil.¹⁴¹ Dessume-se, então, que a

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, abr./jun. 1988, p. 12. Existem várias concepções sobre **coisa julgada em sentido material** na doutrina brasileira, sendo indubitável que se trata de um instituto de natureza constitucional (art. 5º, XXXVI, CF). Adota-se, aqui, como fez o Código de Processo Civil vigente, na exposição de motivos da lavra do então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid (número 10), a definição de Liebman para coisa julgada em sentido material, segundo a qual a **auctoritas rei iudicatae não é uma eficácia, mas, sim, uma qualidade da sentença**, sendo que o autor italiano fixou-se no ângulo da **imutabilidade** para, a partir dele, visualizar a coisa julgada, valendo conferir o seguinte conceito, em obra traduzida para o vernáculo: “Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente da sentença. Não se identifica ele simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos quaisquer que sejam, do próprio ato” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54). Nessa mesma obra, cujo título original é **Efficacia ed autorità della sentenza**. Milão, 1962 (reimpressão), p. 28, Liebman sustenta que a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, mas **uma qualidade que aos efeitos se ajunta tornando-os imutáveis**: “L’autorità della cosa giudicata non é effetto della sentenza, como postula l’unanime dottrina, mas solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima, qualche cosa che a questi effetti si aggiunge per qualificarli e rafforzarli in un senso bem determinato.” (Vide, também, ZAVASKI, **Eficácia...**, p. 125, que adota o conceito de LIEBMAN). No seu **Manuale**, Liebman assinala a adesão brasileira ao seu modo de entender a autoridade da coisa julgada, valendo conferir: “Allo scopo di porre fine alle liti e di dare certezza ai diritti, il legislatore ha fissato un momento in cui è interdotta ogni nuova pronuncia su ciò che fu giudicato. Giunto il processo a quel punto, non solo la sentenza non è piu impugnabile in via ordinária (cfr. N. 298 seg.), ma la decisione è vincolante per le parti e per l’ordinamento e nessun giudice può nuovamente giudicare lo stesso oggetto nei confronti delle stesse parti (salva la lontana possibilita di proposizione delle impugnazioni straordinarie). Tutto ciò si esprime dicendo che **la sentenza è passata in giudicato**, ossia che è divenuta **immutabile** e in pari tempo immutabile è divenuta anche la statuizione che vi è contenuta, com tutti gli effetti che ne scaturiscono.[...] La sentenza era già efficace in próprio e per sua naturale attitudine; ma ora acquista quella nuova e particolare forza che la svincola dal flusso degli atti del procedimento, assicura la sua durata nel tempo e rende incondizionata e indiscutibile la sua efficacia. Non potrà proporsi una nuova domanda, non potrà pronunciarsi una nuova sentenza sulo stesso oggetto, tra le stesse parti. L’essenza della cosa giudicata, è próprio nell’immutabilità della sentenza, del suo contenuto e dei suoi effetti, che ne fa l’atto del pubblico potere che contiene in sè la manifestazione durevole della disciplina che l’ordine giuridico riconosce come spettante al rapporto su cui fu giudicato”. Tradução livre: “Com o objetivo de por fim às lides e de dar certeza aos direitos, o legislador fixou um momento no qual está vedada qualquer nova pronúncia sobre aquilo que foi decidido. Acerca do processo, naquele ponto, não somente a sentença não é mais impugnável nas vias ordinárias (conforme nº 298, seguinte), como a decisão é vinculativa para as partes e para o ordenamento e nenhum juiz poderá novamente julgar o mesmo objeto nos confrontos das mesmas partes (salvo a distante possibilidade de proposição das impugnações extraordinárias). Tudo isso se exprime dizendo que a **sentença transitou em julgado**, ou seja, que se tornou **imutável** e ao mesmo tempo imutável se tornou também a determinação que nela está contida, com todos os efeitos que dela emanaram [...] A sentença já era eficaz de fato e por sua natural tendência; mas agora adquire aquela nova e particular força que a desvincula do fluxo dos atos do procedimento, assegura a sua duração no tempo e torna incondicionada e indiscutível a sua eficácia. Não se poderá propor uma nova demanda, não se poderá pronunciar uma nova sentença sobre o mesmo objeto, entre as mesmas partes. A essência da coisa julgada está precisamente na imutabilidade da sentença, do seu conteúdo e dos seus efeitos, que faz dela o ato do poder público que contém em si a manifestação duradoura da solução que a ordem jurídica reconhece como cabível no caso em relação ao qual houve julgamento.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984, v. 2, p. 419-420). A seu turno, Barbosa Moreira, que inicialmente concordou com Liebman em, efetivamente, ser a **autoridade da coisa julgada uma qualidade da sentença**, contrapõe que não é uma qualidade capaz de tornar os **efeitos imodificáveis**, pois estes são absolutamente **mutáveis**. Aquilo que, em verdade, adquire o **selo da imutabilidade** é o **conteúdo da sentença**, pois este é formado pela soma das eficácias da sentença, adquirindo, portanto, autoridade de coisa julgada a nova situação jurídica posterior à sentença (ver PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a classificação de ações sentenças e coisa julgada. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, jul. 1994, p. 58). Barbosa Moreira aponta equívoco de Liebman, sustentando, ao contrário deste, que a **auctoritas rei iudicatae** se distingue quer do impropriamente chamado **efeito declaratório**, quer **in genere**, da **eficácia da decisão**, identificando nítida diferença ontológica entre **eficácia** e **imutabilidade**. A imutabilidade não é da sentença e dos seus efeitos, como pretende Liebman, mas apenas da própria sentença.

Defende que deve haver absoluta independência, no plano dos conceitos, entre *auctoritas rei iudicatae* e **eficácia da decisão**; que foi inoportuno vincular a problemática da *res iudicata* com a da **eficácia da sentença** (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 416, jun. 1970, p. 12-13). Para Barbosa Moreira **conteúdo e efeito** são verdadeiramente entidades inconfundíveis, pois aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra. O efeito é algo que está, necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. O autor coloca a sentença sob exame como **ato jurídico**, valendo para si a mesma teorização aplicável aos atos jurídicos. Na sentença se distinguem um **conteúdo** – algo que está na sentença, que a integra e não pode faltar-lhe, sob pena de comprometer-lhe a existência –, e **vários efeitos** que, nascendo da sentença, se manifestam fora dela; se projetam **ad extra** – é aquilo que o conteúdo da sentença projeta no mundo exterior. Esses **efeitos variam segundo o conteúdo** e são determinados por este (as sentenças podem conter elementos ou conteúdos diversos que produzem, por conseqüência, efeitos também diversos), mas nem por isso se confundem com o conteúdo. Exemplo: Há consenso em atribuir à sentença condenatória o essencial efeito de ensejar a execução, porém ninguém situa esse efeito no **interior** da própria sentença, no seu **conteúdo**. O elemento declaratório ou **eficácia declaratória**, contudo, está **presente em qualquer sentença** (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença variações sobre o tema. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 35, p. 204-212, nov. 1985). Deve-se mencionar, ainda, sobre o assunto, a opinião de Ovídio Araújo Batista da Silva, que assenta: a) tanto Liebman quanto Barbosa Moreira têm razão ao entenderem a autoridade da coisa julgada como uma qualidade da sentença. Adverte, porém, Ovídio que a afirmação de que a coisa julgada não é propriamente um efeito da sentença, mas uma qualidade posterior que ao efeito da sentença se ajunta, para torná-lo imutável, pode ser aceita como verdadeira, **desde que se restrinja a afirmação só à eficácia declaratória** – “[...] Ora, se os efeitos constitutivos ou condenatórios podem desaparecer sem ofensa à coisa julgada, parece lógico concluir-se que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à eficácia declaratória da sentença” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Eficácias da sentença e coisa julgada*. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 98, p. 104-105). b) Ovídio, contudo, aplaude Barbosa Moreira e admite ter Liebman se equivocado ao sustentar que os **efeitos adquirem o selo da imutabilidade**, pois são estes modificáveis, embora haja sentença, e, por fim, c) sustenta não ter razão Barbosa Moreira, ao argumentar que é todo **conteúdo da sentença que adquire autoridade de coisa julgada**, pois, como dito antes, apenas o elemento declaratório adquire tal condição, na medida em que é este o único insuscetível de ser modificado (PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a classificação...*, p. 60 e no livro *Coisa julgada civil*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 74-78). Além disso, Ovídio assenta que, de modo geral, a doutrina aceita a distinção entre **eficácia direta (efeitos diretos ou anexos)** e **eficácia reflexa (efeitos reflexos)** da sentença. A limitação subjetiva do julgado não resguarda senão a eficácia direta, enquanto que a eficácia reflexa atinge tanto o sucessor na relação processual, quanto qualquer outro terceiro. A **eficácia direta ou efeito anexo da sentença** é imanente à própria sentença e ocorre pela sua simples verificação. Normalmente **decorre de prévia determinação legal**, são virtualidades resultantes de uma demanda decidida por sentença e atingem tanto as partes como os terceiros (**terceiros juridicamente indiferentes**), nada tendo a ver com o fenômeno da coisa julgada. Todos os atingidos pelos **efeitos anexos**, sejam partes ou terceiros, terão de suportá-los e os efeitos anexos lhes são invulneráveis, na medida em que essa eficácia seja simples eficácia anexa da sentença e não interfira com ela uma relação jurídica conexa ou dependente. A eficácia direta ou **eficácia interna** da sentença opera sempre **erga omnes** e coincide com o que Liebman denomina, acertadamente, de **efeito natural da sentença (efficacia naturale)** por dizerem respeito aos efeitos internos ou **inclusos** à demanda. A **imutabilidade** que atinge os terceiros, como eficácia natural da sentença, só se manifesta porque aqueles não tem legitimação como titulares de uma relação conexa (reflexa). Por outro lado, a **eficácia reflexa da sentença ou efeito reflexo**, entendida como repercussão da sentença projetando-se sobre a esfera jurídica de terceiros, não decorre de uma previsão legal, mas de **circunstâncias acidentais** criadas pela vida que colocam determinados sujeitos chamados **terceiros juridicamente interessados** numa relação de dependência jurídica (tem vinculação jurídica com o objeto do primeiro processo – vínculo de **prejudicialidade-dependência**) relativamente à relação controvertida na causa que fora objeto da sentença *inter alios*. Assim, o interveniente-assistente e o oponente não estão sujeitos à coisa julgada material, mas a lei supõe seu interesse em assistir ou se opor, o mesmo em relação ao terceiro prejudicado. Os titulares da relação jurídica dependente serão os únicos terceiros legitimados a impugnarem, seja por intervenção, ou por recurso de terceiro prejudicado, ou até mesmo por ação rescisória, os efeitos prejudiciais que a sentença lhes haja ocasionado, porque não ficam sujeitos aos efeitos reflexos da sentença se não forem chamados à causa (SILVA, O. A. B. *Eficácias...*, p. 93-130). Esse panorama, em resumidas linhas, evidencia que, no Brasil, a concepção sobre coisa julgada e autoridade da sentença não encontra um ponto de concórdia, instituto não é unívoco, situação essa que vem se densificar no debate sobre os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada com as recentes decisões do STF, expandindo a outros processos os **fundamentos apoiadores** (preferimos essa nomenclatura, conforme artigo de HECK, **A nulificabilidade...**) das decisões sobre inconstitucionalidade proferidas no controle concentrado e especialmente no controle difuso. O STF denomina **eficácia transcendente** o **efeito vinculante dos fundamentos determinantes** e institucionaliza em seus julgados uma **teoria da transcendência dos motivos determinantes**

decisão do STF produz coisa julgada oponível *erga omnes*, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva (art. 26, da Lei nº 9868/99, decisão irrecurável e insusceptível de ação rescisória), por isso, desnecessária a comunicação ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal. Como visto supra (item **2.7 Constituição de 1967/69**), a exigência de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal valia tanto para o controle concreto, como para o abstrato, sendo para este dispensada, após a EC nº 1/69.

A coisa julgada, contudo não congela de modo definitivo a jurisprudência do STF, já que com a **alteração das circunstâncias fáticas ou se ocorrerem significativas modificações das concepções jurídicas dominantes** pode-se autorizar o deslocamento da compreensão do assunto. No caso da ação declaratória de constitucionalidade (o mesmo não se dá com a ADIn) contra determinado ato normativo julgada procedente, não estará o STF, mais tarde, impedido de decretar a inconstitucionalidade, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto. Esse raciocínio se aplica, igualmente, à ADIn julgada improcedente, pois a implícita declaração de constitucionalidade pode ser modificada posteriormente. As sentenças contêm, implicitamente, a **cláusula *rebus sic stantibus***.¹⁴² Assim, o STF reconhece, expressamente, a possibilidade de alteração do conteúdo e efeitos da coisa julgada.

Refira-se, ainda, que se a mudança de situação ocorrer por motivo de constituição nova ou advento de revisão constitucional, onde a norma anteriormente considerada legítima, torna-se

(vide Medida Cautelar em Recl. nº 4.987-6, rel Min. Gilmar Mendes, 07.03.2007, onde denomina **fundamentos determinantes** o que aqui chamamos de **fundamentos apoiadores** da sentença), criando-se, assim, um novo capítulo a ser sedimentado no estudo da teoria da jurisdição constitucional. No que toca aos limites subjetivos da coisa julgada, resta indagar sobre a segurança jurídica dos terceiros atingidos pela **eficácia transcendente** determinada pelos diversos **conteúdos** da sentença constitucional transitada em julgado (imutabilidade) que se projetaram para o mundo exterior, fora da eficácia direta e anexa vinculante das partes entre as quais a decisão foi proferida (envolvidas no objeto do processo)? No que toca aos limites objetivos da coisa julgada, partindo-se da noção de que o **pedido** é o critério mais seguro para se identificar o objeto do processo (e, portanto, a coisa julgada), qual será a medida para se saber até que ponto os **motivos** e tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes, deixa de ser excluído na fixação dos limites da coisa julgada? Com a nova teoria do STF, a coisa julgada não mais se restringe à parte dispositiva da sentença e mesmo quando a inconstitucionalidade constituir-se apenas **fundamento** da decisão, em um procedimento com outro objeto litigioso que não a própria validade da norma, faz característico ao processo constitucional, tornar indispensável elemento para determinar com exatidão o significado da parte dispositiva da sentença, passando a adquirir, também, a marca da imutabilidade. Sobre o tema, vide também os sub-itens **6.2.3 (Requisitos Procedimentais no Controle Difuso); 6.2.5 (A Força de Lei e o Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal)** e **7.4 (Súmula Vinculante. Efeito Vinculante. Efeitos Transcendentes)**.

¹⁴² ZAVASCKI, *Eficácia...*, p. 116-117. CLÈVE, *Declaração...*, p. 170. Ressalva Gilmar Mendes que as hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes, permitem mudança de orientação jurídica sobre a matéria (ZAVASCKI, op. cit., p. 283-4). Vide, a propósito, o RE

inconstitucional, dá-se a **inconstitucionalidade superveniente**. Coloca-se em discussão se essa inconstitucionalidade será uma questão de direito como qualquer outra, a ser resolvida por qualquer órgão judicial, porque se trata de matéria de direito intertemporal, ou se somente órgãos específicos com poder de apreciação competente, podem julgar a questão considerada de inconstitucionalidade? O STF, reiteradamente, tem proclamado que, em se tratando de leis anteriores colidentes com aos novos princípios ou normas constitucionais, não há que se cogitar da **inconstitucionalidade**, mas sim caso de **revogação** (RF 221/167; RTJ 95/980; 95/993; 99/544). Entretanto, com a entrada em vigor da Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre a ADPF, esta ação será cabível quando for relevante o fundamento da **controvérsia constitucional** sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, *incluídos os anteriores à Constituição* (art. 1º, parágrafo único, inciso I). Dessa forma, se houver dúvida sobre a recepção de um ato normativo infraconstitucional, ou controvérsia sobre a validade do direito ordinário anterior à nova ordem constitucional, poder-se-á dar solução única para todos e vinculativa aos órgãos públicos (art. 10, § 3º, Lei 9.882/99), por meio do **controle concentrado de normas** e via incidental, questão verdadeiramente constitucional, de forma segura e conferindo-se certeza ao direito, ao revés de enfrentar-se a imprevisível gama de entendimentos contraditórios e divergentes da jurisprudência ordinária, via que, contudo, não foi obstada por aquele diploma.¹⁴³

6.2 Controle Difuso

O controle difuso de normas jurídicas ocorrerá sempre no bojo de um procedimento cujo objeto não seja a sua validade constitucional mesma (diretamente). No Brasil, como visto na parte histórica deste trabalho, o controle difuso teve origem no modelo de **revisão judicial** da legislação dos Estados Unidos da América (modelo norte-americano). Pela sua própria formação, revestido de forte tradição republicana-democrático-liberal, os norte-americanos têm a interpretação da Constituição como fonte orientadora de todas as relações jurídicas da sociedade. Vários postulados

nº 105.012-8, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 01.07.1988, RTJ 136/734(738), citado pelo atual Ministro do STF (MENDES, **Jurisdição...**, p. 284).

¹⁴³ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e atual. Belém: CEJUP, 1999, p. 221-245. Pronunciando-se que a inconstitucionalidade superveniente reconduz à questão de decidir entre inconstitucionalidade originária e superveniente, com ou sem regime específico, e também a recondução dos efeitos desta à **caducidade** (ou, para quem assim entendesse, **revogação**), com a cessação da vigência da lei por desconformidade com a nova constituição, aponta solução no direito lusitano MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Lisboa: Coimbra, 2002, p. 675-676).

do direito americano foram incorporados à doutrina constitucional brasileira como exemplo, a **regra de bom aviso** de que, em caso de dúvida sobre a inconstitucionalidade de um ato normativo, deve-se reconhecer sua constitucionalidade.¹⁴⁴

No controle difuso de normas, os órgãos aplicadores da lei são autorizados a verificar o malferimento da constitucionalidade num caso concreto, o que é realizado de forma incidental, entre partes, numa relação jurídica que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Realizam a verificação de uma norma geral quando, num procedimento pendente em algum tribunal, se sucederem dúvidas sobre sua validade como constitucional para fundamentar a decisão, ficando autorizados a negar a eficácia da norma para aquele caso específico, mas apenas para aquele, permanecendo, em princípio, válida para ser aplicada em outros casos concretos.¹⁴⁵ A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que permanece produzindo efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão. Tanto que o próprio STF pode rever seus julgados sobre inconstitucionalidade (art. 103, RISTF), reabrindo o debate sobre a matéria mesmo que a decisão anterior tenha sido tomada pelo *quorum* qualificado.¹⁴⁶

¹⁴⁴ BRASIL. RTJ 126/53, Min. Moreira Alves: “[...] a interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição [...]”. O **princípio da presunção de constitucionalidade das leis**, segundo o STF, deriva da independência, harmonia e tripartição dos poderes estatais (art. 2º, CF), consoante ADIns nº 97-7-RO e nº 72-1-ES. No mesmo sentido, C.A. Lúcio Bittencourt: “a lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatória”, em BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 95-96, p. 112-114. Ver, ainda, sobre a **teoria da presunção da validade das leis**, CAPPELLETTI, **O Controle...**, p. 85.

¹⁴⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, p. 637: “Apreciando o caso concreto e decidindo, a Justiça pronuncia-se sobre a constitucionalidade, ou legalidade, do ato dos outros ou de um dos outros poderes, o Executivo e o Legislativo. Aí está a primeira regra sobre a competência do Poder Judiciário, pois que se lhe não concede, na Constituição de 1967, apurar, **in abstracto**, salvo na espécie do art. 119, I, I), a constitucionalidade ou legalidade dos atos do Poder Legislativo, ou de ambos, nem se lhe atribui proclamar **nula**, inconstitucional, a lei ou o ato e ordenar que aos outros casos não mais se aplique”. ; “[...] Toda lei, todo ato, que se há de executar, em muitos casos é, antes de executar-se, **ordem**. O Poder Judiciário não desconstitui, não proclama nula a ordem mesma, **erga omnes**; mas impede que incida nos atos, nos casos. **A desconstituição é, portanto, no caso examinado e somente para ele**. Embora possa ser **ex officio**.”(grifamos). Permanece atual a autoridade da doutrina, é verdade que, veremos adiante (tópico **6.2.5 Força de lei e o Efeito Vinculante nas Decisões do Supremo Tribunal Federal**), com os recentes posicionamentos jurisprudenciais do STF, concedendo **efeitos transcendentais** a muitas decisões obtidas no controle difuso, fica comprometida a construção dogmático-constitucional em que se respaldou a comunidade jurídica até aqui.

¹⁴⁶ Entretanto, a afirmação de que a declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, de que não o apaga, porque fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão, deve ser vista com reservas, diante dos novos posicionamentos da jurisprudência do STF (visto na nota acima: emprestar **efeitos transcendentais ao controle difuso**). De qualquer sorte, para citar um exemplo de que o STF pode “reconsiderar” a própria decisão de inconstitucionalidade, enquanto ainda não baixada Resolução pelo Senado Federal, lembre-se o caso referido por Ives Gandra da Silva Martins, em artigo doutrinário: “Lembro interessante episódio – de resto realçado pelo Ministro Sydney Sanches em palestra que fizemos juntos no 7º Seminário sobre Direito Tributário, promovido pela IOB (06.11.1998 – Hotel Maksoud de São Paulo) – que

Cabe mencionar, por oportuno, a classificação trazida por Luís Afonso Heck da **jurisdição constitucional em sentido formal**, que é definida a partir do órgão da comunidade que a exerce, ou autoridade jurídica competente para **conhecer ou examinar** a questão constitucional em violação direta e imediata à Constituição. Acrescentamos nós que o objeto de proteção é a própria Constituição, sendo somente ela o instrumento de manejo para o julgamento pelo tribunal constitucional. De outra parte, a **jurisdição constitucional em sentido material** pode ser compreendida a partir do **procedimento judiciário** conducente ao controle da constitucionalidade (decisão de questões constitucionais) e, sobretudo, objetivando **garantir a observância da Constituição**. Numa perspectiva moderna, diz Heck, a **jurisdição constitucional em sentido material** são os procedimentos instituídos que se destinam à realização da constituição, mas **protegem diretamente objeto diverso** sendo sua interpretação vinculativa e a aplicação de suas normas o seu objeto.¹⁴⁷ A partir desses conceitos, pode-se elencar como exemplo de **jurisdição em sentido material** a decisão do juiz de direito, em questão prejudicial (procedimento processual prévio), que protege diretamente o direito do condutor de não ser multado, nem de serem anotados pontos em sua habilitação (esse o objeto direto de proteção, embora também se busque a aplicação da Constituição, mas de forma indireta), quando identifica que na aplicação do Código de Trânsito Brasileiro, não foi observado o direito de ampla defesa e contraditório, por falta de prévias notificações da autuação e da inflição de penalidade (Súmula nº 312, STJ: “No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”). Nesse caso, o defeito da legislação de trânsito leva à aplicação da norma constitucional do art. 5º, inciso LIV, (devido processo legal), realizando-se a proteção constitucional de paridade de armas ao condutor.¹⁴⁸ Sendo assim, embora não se esteja decidindo uma questão constitucional de forma frontal, se está, em verdade, garantindo sua observância e realização, reflexamente, com interpretação vinculativa. O tribunal revisor não julga somente com a Constituição, mas sua finalidade é protegê-la de afrontas e aplicá-la mediante mecanismos e instrumentos normativos que são diversos da atividade do tribunal constitucional

ocorreu em relação ao Finsocial, cuja instituição se deu por meio do Dec.-lei 1.940/82. O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a majoração desse tributo, após o advento da Constituição, de 0,5% para 0,2% sobre o faturamento das empresas comerciais. Entretanto, em relação às prestadoras de serviço, veio depois a entender válido o referido aumento. Ora, isso só foi possível porque em face da decisão relativa às empresas comerciais, o Senado não editou Resolução para retirar do cenário jurídico o art. 9º da Lei 7.689/88” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 97, n. 16, p. 241-250, jan./mar. 2000).

¹⁴⁷ HECK, **O Tribunal...**, p. 23-24.

¹⁴⁸ O preceito processual da “igualdade de oportunidades e da igualdade de armas” é expressão e decorre do preceito da igualdade geral (art. 5º, *caput*, LIV e LV, CF) aplicando-se tanto aos procedimentos penais como aos cíveis e administrativos, sendo inteiramente cabíveis, ao caso em tela, as observações Luís Afonso Heck, quando trata do

como instância de amparo contra a violação direta e frontal da Constituição. Como em nosso sistema jurídico-constitucional a competência judicial de controle é geral, faculdade própria definida a todos os órgãos (existe, pois, menos **jurisdição constitucional formal** que na Alemanha, por exemplo), resulta disso uma difusão de compreensões e de desenvolvimentos dos conteúdos e limitações dos princípios constitucionais, sem que haja uma convergência a um órgão de comprovação em instância específica e única.

O Brasil, embora seja exemplo típico de País que não optou pela concentração em um órgão especial único (Tribunal ou Corte Constitucional) a “**competência para a rejeição**” de leis ou atos normativos do poder público (**monopólio de decisão negativo**), consoante o fez a maioria dos países da Europa Continental, adotou o controle concentrado somente nos procedimentos onde o objeto do litígio é, abstratamente, a própria validade da norma constitucional (ADIn, ADC, etc, conforme já tratamos no item inicial, **6.1 Controle Concentrado**), combinado com um modelo de controle difuso (concreto). Neste último, como já aludimos acima, coexistem vários órgãos no exercício do “**direito ao exame**” se uma norma jurídica será inconstitucional e nula, os quais também terão “**competência para rejeição incidental**” daquela norma, deixando de aplicá-la ao caso concreto, caracterizando, dessa forma, a desconcentração da reprovação por inexistência de monopólio do poder de rejeição.

Destaca Gilmar Ferreira Mendes que a gradual evolução de um sistema de controle incidente para um modelo no qual “a função principal do controle está concentrada no Supremo Tribunal Federal, reforça o caráter do Tribunal, como **autêntica Corte Constitucional**, uma vez que ele não apenas detém o **monopólio da censura no processo de controle abstrato** de atos normativos estaduais e federais em face da Constituição Federal, como tem a última palavra na decisão das questões constitucionais submetidas ao controle incidental.”¹⁴⁹

direito a um procedimento honesto em conexão com o Princípio do Estado de Direito, na Alemanha (HECK, **O Tribunal...**, p. 221).

¹⁴⁹ MENDES, **Jurisdição...**, p. 304. Deve-se observar que esse **controle** somente ocorrerá se, na origem do processo entre partes subjetivas, houver recurso às instâncias superiores (recurso extraordinário), caso contrário, a rejeição de normas inconstitucionais acabará ficando definitivamente descentralizada, escapando à revisão do STF como Tribunal Supremo ou Corte Constitucional, conforme o STF é qualificado pelo Min. do STF, Gilmar Ferreira Mendes e, por causa do sistema utilizado entre nós, teremos uma hipótese na qual o controle normativo ficará entregue somente ao **juiz monocrático ou turma dos Juizados Especiais**, que exercem a jurisdição ordinária ou comum, de primeira instância no País. Perfilhando o entendimento de que o STF é **uma autêntica Corte Constitucional**, porém detém competências excessivas, muito mais do que um Tribunal Constitucional, o que dificulta e entrava sua atuação, ver opinião de VELOSO, **Controle...**, p. 244.

6.2.1 Controle Difuso como Garantia da Normatividade¹⁵⁰ da Constituição?

As decisões proferidas no controle normativo de constitucionalidade têm como conseqüência a exigência de que sejam observadas as vinculações jurídico-constitucionais nelas estabelecidas, conferindo à Constituição escrita, na vida da coletividade, significado muito superior, nomeadamente quanto ao papel que os direitos fundamentais devem desempenhar, do que teria em uma ordem constitucional desprovida de tal controle.¹⁵¹

Na forma como está positivado na Constituição, nosso controle normativo difuso de constitucionalidade descumpre o papel como princípio fundamental da ordem democrática e estatal-jurídica, conforme dele se espera, como meio institucional desenvolvido para subordinar à Constituição, comportamentos provenientes de órgãos dos poderes públicos.

Aponta Hans Kelsen que a desvantagem de estarem vários órgãos aplicadores da lei autorizados a declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la ao caso concreto porque inválida, consiste no fato de que “[...] os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei (1) e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. **A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei**, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, **é uma grande ameaça à própria Constituição.**”¹⁵² (grifamos). Isso porque, sendo a anulação do ato inconstitucional a principal e mais eficaz garantia da Constituição, havendo uma plethora de

¹⁵⁰ **Normatividade**, segundo Canotilho, é o efeito global da norma constitucional composta por enunciados lingüísticos que compõem o **programa normativo**, aliado a uma constelação de dados reais do **domínio normativo**, num determinado processo de concretização: “O efeito normativo pressupõe a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carecidos de **decisão**. A normatividade não é uma <<qualidade>> da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização.” (CANOTILHO, **Direito...**, p. 1202). O autor português faz suas observações mencionando como fonte Friedrich Müller, valendo ser consultada a noção de **normatividade** de Müller: “[...] a **normatividade**, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência” (MÜLLER, Friedrich **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. 2. ed rev. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53-54).

¹⁵¹ HESSE, **Elementos...**, p. 419, número de margem 560.

¹⁵² KELSEN, **Jurisdição...**, p. 303. No original: “*Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. **The Journal of Politics**, v. 4, n. 2, p. 183-200, may 1942.

autoridades judiciárias aplicando a lei e outra rejeitando-a, é iniludível o risco contra sua unidade normativa.

Na lição de Canotilho as **garantias da existência da constituição** consistem em “(1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à constituição; (2) **na existência de competências de controlo, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.**”¹⁵³

Pois exatamente na **competência descentralizada para controle de normas**, em especial aquela que nossa Constituição confere, isoladamente, aos **juízes de jurisdição ordinária (singulares), de primeiro grau**, pela via incidental e concreta; é que o nosso **controle difuso de normas** deixa de ser mecanismo adequado para assegurar, de forma positiva, o que Canotilho denomina **dinamização da força normativa da constituição.**¹⁵⁴ O instituto do controle difuso deixa de cumprir o papel pelo qual foi concebido originalmente, de constituir-se instrumental de defesa ou **garantia fundamental para observância do Estado Constitucional**, destacando-se, por ficar compreendida neste setor de atuação do controle normativo, a chamada **“justiça constitucional das liberdades”** (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*),¹⁵⁵ proteção jurisdicional autônoma e eficaz dos direitos fundamentais.

O nosso controle de normas difuso, nessas condições, nem colabora de forma eficiente para a defesa das normas e princípios plasmados no Direito Constitucional pátrio, nem cumpre satisfatoriamente a tarefa de sua interpretação, concretização e desenvolvimento, a qual seria uma das funções e a própria razão de ser do **controle normativo de constitucionalidade**. O controle de normas, mesmo que incidental, difuso e excepcional, conforme optou o legislador brasileiro, deve dar **garantias necessárias à efetividade**; caso contrário, de nada valerão os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais, porque não passarão de *leges imperfectae*.¹⁵⁶

¹⁵³ CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria...**, p. 888.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 889.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, **Juízes...**, p. 55, p. 61-62.

¹⁵⁶ BACHOF, **Normas...**, p. 78-79. Vale conferir a reflexão do autor, fazendo remissão a Kelsen: “Maior peso parece-me ainda ter, pelo contrário, a seguinte reflexão: KELSEN chamou uma vez a atenção para o facto de uma Constituição a que falte a garantia da possibilidade de destruição dos actos inconstitucionais, por ausência de uma faculdade judicial de controlo da constitucionalidade das leis e regulamentos, não possuir completa obrigatoriedade jurídica em sentido técnico, e, conseqüentemente, <<não>> significar, do ponto de vista técnico-jurídico, <<muito mais do que um desejo não vinculativo>>; nessa medida as suas normas serão, como SPANNER acentua, repetindo a argumentação de KELSEN, apenas **leges imperfectae.**” Sustenta HECK, **A nulificabilidade...**, no prelo. 3. A

6.2.2 As Competências para Guarda da Constituição como Garantias da sua Normatividade

Afirma Kelsen que não é possível caracterizar como inválido *a priori* (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Ele não é nulo, mas somente **nulificável (anulável)**,¹⁵⁷ porque dentro de um sistema de direito positivo não existe nulidade absoluta e também pondera que não é possível afirmar que um ato é nulo, sem que se responda a questão sobre **quem tem competência para estabelecer tal nulidade?** Quem o ordenamento autoriza estabelecer a nulidade com efeito retroativo?¹⁵⁸

Hartmut Maurer, ao tratar da estrutura do controle normativo, afirma que pressuposto e fundamento do controle normativo é a doutrina da ordem hierárquica das fontes jurídicas e que, na prática, colocam-se duas questões: 1ª) **questão jurídico-material** – se existe uma contradição normativa e se a lei afirmada inconstitucional é também, de fato, inconstitucional. Tal questão depende do tipo de direito constitucional existente, podendo ser formulada ampla e indeterminadamente, comportando dúvida e debate entre os participantes. 2ª) a segunda é a **questão jurídico-constitucional** – quais órgãos estatais e em qual procedimento estão autorizados, ou obrigados a **examinar e comprovar** a contradição normativa e, com isso, a inconstitucionalidade da lei. Diz Maurer: “A competência para o exame é pressuposto para a comprovação da

Nulificabilidade”, nota de rodapé nº 38, que a solução do vencimento dessa incerteza está na **centralização da competência para rejeição** e que uma centralização do poder de examinar normas gerais em sua juridicidade deve, em todos os sentidos, ser justificada. Confira-se, ainda, o artigo de MAURER, **A Revisão...**, Nota de rodapé nº 35.

¹⁵⁷ Cf. Luís Afonso Heck, em suas aulas no curso de Pós-graduação da UFRGS, na disciplina **Jurisdição Constitucional** e nas suas orientações acadêmicas, sustenta ser mais apropriada a utilização da expressão **nulificabilidade** como a tradução mais correta para o termo alemão *Vernichtbarkeit* (verbo *vernichten* = **nulificar**; substantivo *Vernichtung* = **nulificação**; adjetivo *vernichtbar* = **nulificável**), que Kelsen utiliza. A palavra **nulo** representa em alemão a palavra *Nichtig* - adjetivo *nichtigkeit* = **nulidade**), ao invés de **anulabilidade e anulável**, como geralmente constam nas traduções para o português e amplamente utilizadas pela doutrina pátria, terminologia essa a que aderimos dada a especificidade ao assunto. Saliencia Heck que é conveniente empregar palavra **nulificabilidade** ou, então, ter presente, ao empregar a palavra **anulação**, o seu papel de **conceito geral** (para uma abordagem mais detalhada, indicamos o trabalho doutrinário mencionado na nota acima, HECK, **A nulificabilidade...**, no prelo, que defende essa terminologia de forma inusitada no Brasil). Confira-se, ainda, o artigo de MAURER, op. cit., Nota de rodapé nº 60. Ver, também, infra, item **8 (Nulidade da Lei Inconstitucional como Princípio Constitucional)**.

¹⁵⁸ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 308-309. No original “**Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution**”. *The Journal of Politics*, v. 4, n. 2, p. 190, may. 1942: “Only annulment of such an act is possible; the act is not void, it is only voidable. For the statement that an act is null is not possible without another statement, answering the question of who is competent to establish the nullity of the act [...]” (tradução na página citada).

anticonstitucionalidade. Se ela faltasse, então a lei ‘não-examinada’ deveria ser aceita como vinculativa e aplicada.”¹⁵⁹

No nosso sistema de jurisdição difusa, como já referido, ao juiz singular, isoladamente, e aos tribunais ordinários é reconhecido o **direito ao exame judicial** (*Prüfungsrecht*)¹⁶⁰ para constatar a validade formal e material das normas incidentes na solução do caso concreto. Ditos órgãos jurisdicionais, nessa tarefa, realizam a **verificação** dos conteúdos do ato normativo infraconstitucional e da Constituição, a **compatibilização** do primeiro em relação a esta e a **comprovação** de que há uma contradição normativa, seguindo, pois, os passos descritos por Maurer. Como consequência da comprovação da inconstitucionalidade feita no exame, os órgãos jurisdicionais além de deixarem de **aplicar** o ato normativo viciado (não-válido), também detêm a competência para **rejeitá-lo**, já que não existe entre nós **reserva de competência para rejeição**, produzindo-se, contudo, somente efeitos entre os particulares, **eficácia inter partes**.¹⁶¹ Tal ocorre

¹⁵⁹ MAURER, **A Revisão...**, prelo. Sobre o **exame normativo**, Maurer diz que compõe-se, em princípio, de **três atos**: “O órgão de controle competente, portanto, sobretudo, o tribunal, deve averiguar e determinar, no caminho da interpretação, o conteúdo da lei (objeto do exame) e o conteúdo da norma constitucional correspondente (critério de exame) e, a seguir – comparativamente – examinar se a lei é compatível com a constituição. Se varia a interpretação de uma de ambas as normas, então também a comparação irá sair diferente. Quando da interpretação da lei resulta que sentidos distintos são sustentáveis e uma está de acordo com a constituição, mas a outra não é compatível com a constituição, então pode, e deve, a interpretação de acordo com a constituição ser escolhida (chamada interpretação conforme a Constituição)”. Sobre o **controle normativo** como tal, diz respeito somente ao procedimento de exame, nada sendo declarado sobre quais consequências jurídicas resultam de uma contradição normativa comprovada, sendo que, fundamentalmente, devem ser considerados inválidos os atos que não cumprem pressupostos para sua validade, podendo existir, contudo, outras consequências para o vício comprovado que podem ser estabelecidas pelo Tribunal Constitucional Alemão.

¹⁶⁰ *Ibidem*, sobre o **exame ou poder de conhecer** a questão constitucional: “[...] Já no século XIX, o chamado direito ao exame judicial, isto é, a competência dos tribunais para revisar a lei, relevante para a decisão no caso concreto, no tocante à sua constitucionalidade e, no caso de anticonstitucionalidade, deixar inaplicada, foi calorosamente discutido e, muitas vezes, afirmado (22). Ocasionalmente, naquele tempo, também os tribunais empregaram para si o direito ao exame e não aplicaram uma lei, segundo sua concepção, anticonstitucional, no caso concreto (23). No tempo de Weimar, depois de 1919, a discussão intensificou-se; o direito ao exame judicial foi, doravante, na literatura, afirmado progressivamente, todavia permaneceu sempre, ainda, debatido (24). A ruptura decisiva, na prática, realizou-se pela sentença do tribunal imperial de 4.11.1925, na qual este declarou-se, inequivocamente, a favor do direito ao exame judicial (25).

A discussão de quase 100 anos sobre o direito ao exame judicial proporciona um arsenal total de argumentos pró e contra [...]” Referindo uma situação de empate entre os argumentos, arremata: “[...] Assim, por um lado, foi deduzido do princípio da divisão de poderes que o juiz não está sobre a lei, mas abaixo da lei e tem de, por conseguinte, aplicá-la, não-examinada, enquanto, por outro, foi acentuado que o juiz somente poderia aplicar uma lei válida, uma lei anticonstitucional, porém, não é válida, o que o juiz, em primeiro lugar, tem de examina [...]”. Conclui Maurer, mais adiante, que a Lei Fundamental assume o **direito ao exame judicial tradicional**, conforme formado na época de Weimar, mas o modifica, simultaneamente, ao ela reservar a **competência de rejeição** somente ao Tribunal Constitucional Federal.

¹⁶¹ Lúcio Bittencourt, já havia apanhado a essência do problema da competência do juiz singular, anotando que se o art. 200 (da Constituição de 1946, corresponde ao art. 97, da Constituição de 1988, **maioria absoluta**) constituísse uma **regra instrumental de incompetência**, como quer Chermont de Miranda, o juiz singular não poderia, em hipótese alguma, julgar da constitucionalidade. Em nota de pé de página expõe a tese de Chermont de Miranda que pretende distinguir entre **competência para julgar de inconstitucionalidade** (equivaleria, grosso modo, ao direito de exame e seria reconhecida a todos os órgãos do Judiciário) e **competência para declarar a inconstitucionalidade** (seria a competência para rejeição, restrita ao tribunal pleno, por maioria). No final aponta a insustentabilidade da tese,

com o efeito típico de *judicial review*, fórmula originária de surgimento do controle difuso no Brasil, quer dizer, declarado inconstitucional um ato legislativo, ele é **plenamente nulo** para todos os fins legais, como se nunca tivesse existido, não servindo de fundamento para direitos e obrigações.

A concepção que domina no Direito brasileiro é de que a decisão produz efeitos **ex tunc**, retroagindo até o nascimento da norma impugnada. Essa concepção vigora em nosso Direito, como veremos em ponto específico mais adiante (ver item **8.1 Teoria da Nulidade Ab Initio (Void Ab Initio Theory)**), com a justificativa de que, como desde a entrada em vigor o ato normativo foi contrário à Constituição, todos os atos praticados à sua sombra, restarão atingidos pela **invalidade absoluta ab initio**, quer dizer, se desde antes de ser examinado em sede de controle o ato era defeituoso, a decisão tem cunho **declaratório**.

Se o juiz singular possui **competência para exame e também para rejeição** (*Verwerfungskompetenz*), exerce atividade como se fosse um **legislador negativo** (obviamente, não está, aqui, criando uma norma geral, mas individual) porque, para aplicar a Constituição, julgando **in casu**, necessita rejeitar diretamente do ordenamento jurídico, quer dizer, recusar a aplicação da norma inconstitucional ao caso concreto, portanto, com efeitos apenas **inter partes**. Por essa razão, podem surgir questões de ordem prática resultantes do próprio modelo difuso de controle de normas, as quais ensejam **situações de insegurança ou de dúvida** sobre a legitimidade da lei em virtude de decisões judiciais antagônicas.¹⁶² Essa situação foi captada por Konrad Hesse, embora tratando da Lei Fundamental alemã, anotando que a função do Tribunal Constitucional, no controle concreto de normas, deve ser restringida a impedir que cada tribunal individual possa passar por cima da vontade do legislador federal ou estadual, servindo principalmente à proteção do legislador diante do juiz.¹⁶³

porque quem julga, pode declarar o direito. Bem demonstra que vem de antanho essa questão no controle incidental ou difuso. Vale conferir excerto do trabalho BITTENCOURT Lúcio. Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 92, jan/mar. 1986, p. 586: “[...] resumindo as considerações que procedem, importa reconhecer que a atual Constituição distingue o julgamento da inconstitucionalidade da declaração de inconstitucionalidade. A competência para o primeiro é reconhecida, indistinta e irrestritamente, a todos os órgãos do Judiciário, tanto de primeira como de segunda instância. A declaração de inconstitucionalidade é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade de seus juízes.”

¹⁶² MENDES, **Jurisdição...**, p. 153.

¹⁶³ HESSE, **Elementos...**, p. 497, numero de margem 683. Oportuno colher-se a lição de Hesse, para esclarecimento do **par conceitual relativo à competência** dos órgãos de jurisdição constitucional: “Se ao Tribunal Constitucional Federal, no quadro do controle de normas abstrato, cabe um monopólio de exame e reprovação amplo, então seu monopólio, no quadro do **controle de normas concreto**, restringe-se à reprovação de normas jurídicas. Cada tribunal, que tem de decidir um caso particular está, por causa de sua vinculação à Constituição e lei, obrigado ao exame, se as normas jurídicas, as quais importam para a decisão, são válidas. Esse **direito de exame judicial** que,

Na Alemanha, por exemplo, onde vigora o monopólio negativo de jurisdição constitucional (controle concentrado), o controle normativo (competência para a rejeição) pelos outros juízos ou tribunais de primeira e segunda instância é eliminado, em última análise, pelo poder do *Bundesverfassungsgericht*, porque este **concentra** o controle da legislação e das questões constitucionais.¹⁶⁴ Ao Tribunal Constitucional Federal, apesar de não haver determinação expressa sobre seu *status* na Lei Fundamental de Bonn, é reconhecida a qualidade de **Órgão Constitucional**, agregando-se-o ao âmbito do Poder Judiciário e equiparando-se-o aos órgãos do Estado superiores constituídos pela Lei Fundamental. Possui o Tribunal, outrossim, *status* destacado da situação jurídico-constitucional dos demais Tribunais (art. 93, alíneas 1 e 2, Lei Fundamental).¹⁶⁵ O Órgão somente se caracteriza como tal, na doutrina e jurisprudência, porque preenche os seguintes requisitos:

- a) sua constituição se deu por meio da própria Constituição;
- b) as suas competências devem estar estabelecidas na Constituição; e
- c) compartilha, em forma decisiva, da formação política global do Estado.

em sua extensão a leis, sob a vigência da Constituição de Weimar, era vivamente discutido, está hoje pressuposto no artigo 100 da Lei Fundamental, simultaneamente, todavia, restringido: o tribunal deve fundamentalmente só então decidir mesmo quando ele chegar ao resultado que a norma jurídica a ser aplicada é válida. Se ele, ao contrário, julga uma lei, cuja validade importa na decisão, inconstitucional, então ele tem de suspender o procedimento e - conforme se se trata de uma violação da constituição estadual ou da Lei Fundamental - pedir a decisão do tribunal constitucional estadual ou do Tribunal Constitucional Federal, do último também então, quando se trata da violação da Lei Fundamental por direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal (artigo 100, alínea 1, da Lei Fundamental). O procedimento perante o Tribunal Constitucional Federal orienta-se pelo § 13, número 11, 80 e seguintes, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.” No artigo a ser publicado, HECK, **A nulificabilidade...**, colhe-se a seguinte observação na nota de rodapé número 39, onde o autor relata questão inerente ao monopólio de decisão negativo do Tribunal Constitucional alemão no controle normativo: “[...] Trata-se, no § 80 e seguintes, da lei sobre o tribunal constitucional federal, da chamada apresentação judicial. O seu aspecto teleológico está em concentrar o exame relativo ao legislador no tribunal constitucional federal para impedir que cada tribunal individual passe por sobre a vontade do legislador federal ou estadual quando não aplica as leis por eles votadas porque, segundo o seu ponto de vista, elas infringem a lei fundamental ou a ordem hierárquica federal, do direito federal ou do direito estadual. A atribuição do tribunal constitucional federal como guarda da constituição retrocede. Ver sobre isso Heck, página 132 e seguinte, com indicação da doutrina e jurisprudência”. Vale esclarecer que na nota nº 252, do livro de HECK, **O Tribunal...**, p. 133 e no final da nota 39, do artigo supracitado (HECK, **A nulificabilidade...**), consta a opinião contrária acerca da restrição posta pelo Tribunal Constitucional Federal alemão de que sua atribuição como guarda da constituição **retrocederia** por deixar transparecer uma guarda da vontade do legislador, opinião essa externada por HESSE, **Elementos...**, p. 497 et seq., número de margem 683 e seguintes. Mais adiante observa que na RTJ 169/458 o STF chegou a discutir a questão da apresentação judicial, sobretudo, em vista da suspensão do procedimento.

¹⁶⁴ MENDES; MARTINS, **Controle...**, p. 259. A referência é a Anschütz, ainda no regime de Weimar, “toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias”.

¹⁶⁵ HESSE, op. cit., p. 487-490. Ver, também, em Hesse, comparando-as, Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal §§ 1º, 2º, 3º e segs, § 98 e segs, e § 69 da Lei sobre o Estatuto da Magistratura Alemã. Consulte-se, ainda, HECK, **O Tribunal...**, 1995, p. 101-110. Ainda, recentemente, o livro: **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 139

Conseqüências da qualidade de **Órgão Constitucional** são sua autonomia auto-organizacional, orçamento próprio e a não-qualificação de seus membros como funcionários, porque possuem um estado jurídico especial, estando numa relação de função jurídico-pública e num cargo jurídico-público, aplicando-se-lhes o Estatuto da Magistratura alemã, somente na medida em que se compatibilizar com essas características.¹⁶⁶

Anota, ainda, Luís Afonso Heck que a expressão **“competência para rejeição”** é contestada doutrinariamente naquele País, substituindo-se-a por **“competência de não-aplicação”**. Nas hipóteses, *in casu*, que aqui tratamos, o modelo alemão, estabelece que qualquer **juiz ordinário ou tribunal** exercerá a competência, sim, para **exame judicial**, conhecer da questão, mas **não para rejeição ou não-aplicação** dos atos inquinados de inconstitucionalidade. O poder funcional de **rejeição**, contudo, ficaria a cargo, centralizadamente, de um único Tribunal Constitucional, em razão do **dever de apresentação judicial** (art. 100, alínea 1, da Lei Fundamental, § 13, n.11, § 80 et seq. da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A **apresentação judicial** é, a rigor, uma solicitação de realização de um controle normativo concentrado.¹⁶⁷ O conflito jurídico concreto é somente motivo da apresentação, sendo um procedimento intermediário independente, conforme o objeto, de um controle normativo principal.¹⁶⁸ Entre nós, esse mister, *de lege ferenda*, bem poderia continuar sendo executado pelo tribunal de revisão do STF.¹⁶⁹

Conforme a opinião de Klaus Schlaich, há equivocidade em considerar que, no controle difuso, que tem origem numa relação processual concreta e cuja decisão tem relevância, e no chamado controle abstrato, que não está vinculado a uma situação subjetiva ou evento do cotidiano, quando se está em um modelo concentrado de jurisdição (monopólio de decisão negativo), as conseqüências jurídicas sejam diferentes. Isso porque o **controle realizado (concreto ou abstrato), a decisão proferida e as conseqüências jurídicas são, na verdade, abstratas e independentes do feito originário**. Nos **tipos** estruturados com controle concentrado de normas, então, sem embargo

¹⁶⁶ HECK, **O Tribunal...**, p. 102-104.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 132. Vide, também, nota 250, p. 133.

¹⁶⁸ MAURER, **A revisão...**, prelo. A observação consta no sub-item 2. **O Controle Normativo Concreto**, letra “a”.

¹⁶⁹ A propósito desse assunto, dentre os projetos encaminhados ao Congresso Nacional, com vistas aos novos preceitos da Reforma do Judiciário, EC nº 45/2004, existe o **Projeto 1**, relativo à **contenção da litigiosidade**, para adaptação do Código de Processo Civil, prevendo alteração do art. 265, acrescendo-se o inciso VI para facultar ao juiz a **suspensão do processo**, “VI - quando a controvérsia a ser decidida na sentença versar matéria pendente de julgamento perante o STF ou Tribunal Superior, cumprindo ao juiz comunicar a suspensão ao Presidente do tribunal onde está em curso o processo análogo”. De referir, por oportuno, que nas recentes reformas da legislação processual civil, nem a Lei nº 11.276/2006, que alterou dispositivos do CPC em relação à forma de interposição de recursos, saneamento de nulidades e recurso de apelação, nem a Lei nº 11.277/2006, que regulou sentença impeditiva de nova ação, contemplaram a útil sugestão legislativa mencionada.

de que o procedimento para o **exame** (competência) possa não estar reservado a um só tribunal, acaba resultando que o julgamento levado a efeito pelo tribunal centralizado (competência para rejeição) está plenamente desvinculado do processo originário, logo, as **conseqüências jurídicas são idênticas**.¹⁷⁰

Visto esse importante ponto para as constatações que exporemos adiante, relativamente à **organização das competências** em conexão com os **órgãos respectivos para seu exercício**, necessário que avancemos para o desenvolvimento do controle difuso de normas na experiência judicial forense.

6.2.3 Requisitos Procedimentais no Controle Difuso

Em nosso sistema de controle difuso de normas, a questão constitucional surge no caso concreto, *inter partes*, no curso de um processo subjetivo e em relação ao mérito da demanda nele discutida.

A **questão constitucional** é suscitada, de regra, por via de **exceção ou de defesa**, portanto, previamente ao julgamento do mérito do objeto principal da lide, sendo tratada processualmente como **questão incidental prejudicial** e tem o condão apenas de afastar a incidência da norma defeituosa.

Vale referir a elucidação de Nagib Slaibi Filho de que a questão incidental, como se depreende do art. 162, do Código de Processo Civil,

[...] é a dúvida ou controvérsia que surge no curso do processo e que o juiz deve resolver através de ato decisório (sentença terminativa ou decisão interlocutória), podendo ser a questão incidental uma questão preliminar (que se relaciona com os pressupostos processuais e com as condições da ação – art. 301 do Código de Processo Civil) ou **questão prejudicial**, mencionada no art. 469 do mesmo Código e que se refere a fatos anteriores relacionados à lide, constituindo pressuposto necessário para o julgamento da mesma lide.¹⁷¹

¹⁷⁰ MENDES, O controle..., p. 16.

¹⁷¹ Ver em SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988**: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 101-2. O autor cita Ada Pellegrini Grinover acerca da decisão da questão prejudicial: “A decisão da questão prejudicial, feita **incidenter tantum**, possui eficácia limitada à preclusão, no sentido de se impedir que a mesma questão seja suscitada novamente no mesmo processo. Fora desse processo, pode essa questão ser

novamente debatida, porque absolutamente não se lhe estendeu a coisa julgada.” Cumpre, entretanto, se faça uma observação sobre o termo “*dúvida ou controvérsia*” utilizado pelo autor para definir a questão constitucional. Consabido que a **representação contra inconstitucionalidade** encaminhada pelo Procurador-Geral da República para o controle abstrato de normas, instituída com a EC 16/65 e depois alterada na Constituição de 1967 e na de 1967/69, tinha por requisito objetivo a **controvérsia constitucional**, ou, pelo menos, a **dúvida fundada sobre a constitucionalidade**. Gerou-se grande polêmica a respeito da posição do Procurador-Geral da República, pois este poderia não se convencer da inconstitucionalidade que estava representando. Muitas vezes a dúvida fazia com que encaminhasse ao STF a questão, mas com parecer favorável à constitucionalidade do ato normativo questionado. Victor Nunes Leal chegou a observar que, em caso de representação com parecer contrário, o que existiria, na verdade, seria uma **representação de constitucionalidade**. Nesta, a **dúvida** sobre a constitucionalidade seria afastada com um juízo positivo de constitucionalidade. O STF, porém, não acolhia representação de inconstitucionalidade do Procurador-Geral da República com manifestação favorável à declaração de constitucionalidade do ato controvertido. Esse foi o passo para a proposição da EC 3/93, que instituiu a **ação declaratória de constitucionalidade** (Para mais detalhes, com histórico evolutivo, vide MENDES; MARTINS, **Controle...**, p. 230-246. O brevíssimo resumo serve para evidenciar que a expressão **dúvida ou controvérsia**, utilizada pelo autor supracitado, mais diz respeito ao controle abstrato de normas (vide sobre a **controvérsia judicial relevante** como requisito para a ADC, art. 14, III, Lei nº 9868/99), que ao incidental e concreto, ora tratado. Assim, **controvérsia doutrinária** não autoriza a propositura da ação. Gilmar Ferreira Mendes advoga o entendimento do cabimento da ação se os tribunais pronunciam (unanimemente) a inconstitucionalidade: “Assim, a exigência de demonstração de controvérsia judicial há de ser entendida, nesse contexto, como relativa à existência de controvérsia jurídica relevante capaz de afetar a presunção de legitimidade da lei e, por conseguinte, a eficácia da decisão legislativa” (MENDES; MARTINS, op. cit., p. 257). Esboça, em outra passagem, o conceito de controvérsia: “Configura-se uma **controvérsia** se dois órgãos, entes ou pessoas sustentam diferentes posições sobre uma mesma questão jurídica. Essa definição demonstra que o conceito de **controvérsia** abrange, também, o conceito de lide (**Streitigkeit**) que, nesse caso, se refere à subsistência ou não de uma situação jurídica [...]”; “O conceito de controvérsia pressupõe divergência objetiva entre pessoas diversas [...] Nelas devem estar presentes, pelo menos, duas posições divergentes, uma que contesta a constitucionalidade da norma, ou pelo menos, a coloca em dúvida, e outra que sustenta a legitimidade” (MENDES, **Jurisdição...**, p. 93 e p. 96). Na **Constituição de Weimar**, falava-se em **dúvida ou diferenças de apreciação**, art. 13 (“El derecho Del Reich prevalece sobre el de los Territorios. Si surgen **dudas o diferencias de apreciación** acerca de si una prescripción territorial es o no compatible con el derecho Del Reich, la autoridad central competente Del Reich o Del Territorio puede solicitar la decisión de um Tribunal Supremo de Justicia Del Reich a tenor de lo que especialmente disponga sobre la matéria una ley del Reich.” – grifamos), BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana de 11 Agosto 1919**: texto completo, comentarios, introducción histórica y juicio general. Traducción José Rovira Armengol. Barcelona: Editorial Labor, 1931, p. 48; e na **Lei Fundamental de Bonn**, art. 93 (**Tribunal Constitucional Federal, competência**), I (“o Tribunal Constitucional Federal decide:”), nºs 1 (“sobre a interpretação desta Lei Fundamental em **controvérsias** a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão supremo da Federação, ou de outros interessados dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental, ou pelo regulamento interno de um órgão federal supremo.”) e 2 (“no caso de **divergência de opinião** ou **dúvidas** a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental, ou da compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal.” - grifamos); além da **Lei Sobre o Tribunal Constitucional Federal**, § 13, alíneas 5 e 6, regra semelhante já existia (texto da Lei do Tribunal alemão em HECK, **O Tribunal...**, p. 275; Consulte-se, também o livro recente do mesmo autor: **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 135-136). Nesta mesma obra, na página 132, nota de rodapé nº 247, Heck lembra: “Art. 93, alínea 1, n.2, da Lei Fundamental, § 76 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Essa prescrição fundamental menciona “divergência de opiniões” ou “dúvidas”. Esta significa que a compatibilidade de uma norma, por determinados fundamentos jurídicos, apresenta-se incerta ou é discutida. Se há dúvida de um lado, basta. Aquela, pelo contrário, exige, pelo menos, duas opiniões que se diferenciam, sendo necessário haver uma diferença objetiva (ULSAMER, (nota 110), § 76, RdNr. 49, S. 16). Sobre isso, em pormenores, BABEL, (nota 232), S. 53 ff”. Sem embargo, vale mencionar BITTENCOURT, **O controle...**, p. 71, onde refere que a inconstitucionalidade decorre, sempre: 1º do desrespeito à forma prescrita; 2º da inobservância de condição estabelecida; 3º da falta de competência do órgão legiferante; e 4º da violação de direitos e garantias individuais. De referir, por fim, que a EC nº 45/2004, no art. 103-A, § 1º, retomou o vocábulo **controvérsia**, para exprimir **divergência jurisprudencial entre órgãos judiciários**, o mesmo ocorrendo com a Lei nº 9.882/99, art. 5º, § 3º, que permite a suspensão do andamento de processos onde haja **controvérsia constitucional** sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, matéria objeto de argüição de descumprimento de preceito fundamental, além dos arts. 1º, inciso I e 3º, inciso V, que prevêem o cabimento de ADPF quando for relevante o **fundamento da controvérsia constitucional** sobre lei ou ato normativo federal,

Egas Moniz de Aragão discorrendo sobre a **prejudicialidade**, considera as **questões prejudiciais** aquelas que

[...] podem afetar a ação ou apenas a sentença e, ainda, ser externas ou internas ao processo. As prejudiciais da ação impedem que esta seja proposta, por incerteza quanto a alguma de suas condições [...] As prejudiciais da sentença impedem-lhe a prolação, enquanto não forem solucionadas pois **constituem antecedente lógico do julgamento do processo principal**. As prejudiciais externas tanto podem ser homogêneas, isto é, civis, como heterogêneas, isto é, penais. Podem ainda ser antecedentes, concomitantes ou subseqüentes ao processo dito principal. [...] Das questões que antecedem a solução do litígio, porém, não todas são prejudiciais: algumas há que são apenas preliminares. A questão processual em regra é apenas preliminar, pois o que caracteriza as prejudiciais é poderem constituir objeto autônomo de outro processo [...].¹⁷²

Quando a parte alega a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como fundamento da ação ou da defesa, a **decisão que acolhe a questão prejudicial**, não tem autoridade de coisa julgada (material), nem se projeta – mesmo *inter partes* – fora do processo no qual foi proferida, submetendo-se ao regime do art. 469, III, do CPC.¹⁷³ De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, não há que se cogitar de *auctoritas rei iudicatae*, pois o Código expressamente limita a extensão objetiva da coisa julgada ao julgamento da lide (art. 468) e exclui desse âmbito a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469, III, CPC).¹⁷⁴

estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (não prestabelece que a controvérsia diga respeito somente a **preceito fundamental**) e a exigência de comprovação da existência de **controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de preceito fundamental** que se considera violado, no último dispositivo.

¹⁷² MONIZ DE ARAGÃO, E.D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 363-366 e p. 473-474.

¹⁷³ GRINOVER, Controle..., p. 11. Ensina a autora que: “[...] É essa a pedra de toque do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no Brasil. A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada incidenter tantum, não tem o condão de fazer coisa julgada material. A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz, e até o próprio STF, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executóriedade. A partir desse momento, a manifestação do Senado – que não revoga nem anula a lei – simplesmente lhe retira a eficácia, com relação a todos, mas, por isso mesmo, ex nunc, consoante a que parece ser a melhor doutrina (4). E isso porque a decisão incidental sobre a questão constitucional não faz coisa julgada, não sendo apta a declarar a nulidade ou anular lei inconstitucional. A resolução do Senado não revoga nem anula a lei, limitando-se a suspender sua eficácia. **Ressalvem-se, porém, posições contrárias, no próprio seio do STF, entendendo que, mesmo nesse caso, a suspensão pelo Senado produz efeitos ex tunc.** Diversamente se passam as coisas no sistema concentrado, em que a ação direta tem por objeto a própria questão da inconstitucionalidade, decidida principaliter.” (grifamos, p.12). No mesmo sentido: BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 138-139.

¹⁷⁴ Vide voto do Min. Celso de Mello, do STF, no RE 190.728, 1ª T. do STF, quando trata da eficácia da decisão plenária proferida no julgamento da questão prejudicial de inconstitucionalidade, referido em artigo de Gilmar Ferreira Mendes, na RT 760/21. Vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo CPC. In: TEMAS de direito processual: primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 91. Ainda, FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.705-708, sustenta: “Não obstante o legislador ter explicitado os limites objetivos da coisa julgada, adstringindo-os ao pedido com a sua correspondente causa de pedir, posto que a **causa petendi** com outro pedido ou o mesmo pedido com outra causa de pedir diferencia as ações, ainda procurou esclarecer no artigo 469 do CPC ao ‘retirar do âmbito da coisa julgada’ os motivos (não a motivação integral da sentença onde se encarta a causa de pedir) importantes e determinantes da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo.

No sistema difuso a sentença do juiz declara uma nulidade preexistente, com efeito retroativo *ex tunc e inter partes*; dessa forma o ato inconstitucional é considerado **nulo desde a origem** e suas conseqüências (eficácia) são desconstituídas desde então. Assemelha-se, pois, a extensão dos efeitos da decisão, seja quanto ao seu alcance no espaço, seja quanto ao seu efeito no tempo, ao controle abstrato.¹⁷⁵

A norma considerada incidentalmente inconstitucional - decisão válida entre as partes litigantes envolvidas no caso concreto - subsiste, podendo ser aplicada pelo mesmo juízo, ou por outros, em outros processos com partes diversas. Porém, chegando nos tribunais a causa, suscitada a questão de inconstitucionalidade no Órgão Fracionário, porque este não detém o poder de **rejeição**, somente conferido ao Órgão Especial ou Plenário, pelo sufrágio da maioria absoluta (art. 179, Constituição de 1934 e regimentos internos com força normativa de lei), deverá provocar, em acolhendo a alegação, o **incidente de inconstitucionalidade** disciplinado nos arts. 480 a 482, do Código de Processo Civil. Quer dizer, suspender-se-á o julgamento do feito (**cisão funcional da competência**) e submeter-se-á o exame da inconstitucionalidade ao Plenário ou ao Órgão Especial do tribunal (essa decisão é irrecorrível, Súmulas 293 e 513, STF). De registrar a inovação do art. 29 da Lei nº 9.868/99, que acrescentou o § 1º ao art. 482 do CPC, permitindo a manifestação do Ministério Público e das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, caso requeiram, no incidente de inconstitucionalidade, na forma do regimento interno do tribunal, incorporando-se, assim, verdadeiro instituto do *amicus curiae brief*, de origem americana.¹⁷⁶ A instalação do incidente e a sua apreciação constituem **condição de validade do**

Conforme se observa, os antecedentes da decisão do juiz não ficam cobertos pela coisa julgada em razão de diversas circunstâncias.

A verdade dos fatos **escapa dessa eficácia de imutabilidade posto que ditada por amplo subjetivismo do juiz** na análise do material cognitivo. O que se revela verdade para um juízo pode não sê-lo para outro. **Não há qualquer instrumento jurídico processual capaz de revestir essa verdade com a força da coisa julgada**” – grifamos.

Os motivos determinantes para concluir, também se encartam na construção subjetiva do julgado, razão pela qual a coisa julgada passa ao largo desse componente do **decisum**”. Consulte-se, a esse propósito o Resp. nº 419.781-DF, Min. Rel. Luiz Fux, DJU de 19.12.2002 e RE nº 227.159-GO, Min. Rel. Néri da Silveira, DJU de 17.05.2002.

¹⁷⁵ CLÈVE, Declaração..., p.171. Teori Albino Zavascki citando o RE 89.108, do Pleno do STF, Min. Cunha Peixoto, RTJ 101/211, sustenta que não tem relevância prática a precedência, ou não, da decisão do STF sobre a sentença rescindenda, havendo orientação do Supremo no sentido de sua **eficácia ex tunc**, mas o que importa é a autoridade colhida do acórdão proferido no controle difuso, a qual não decorre da circunstância de ser anterior à sentença rescindenda, mas de se tratar de pronunciamento do guardião da Constituição, que deve ser acolhido nos julgamentos futuros. Consulte-se, ZAVASKI, **Eficácia...**, p. 136, notas 21 e 22.

¹⁷⁶ Trata-se do “amigo da Corte” ou o “amigo da Justiça”, um terceiro que vem fazer o resumo de suas alegações sobre a questão constitucional debatida. Vide CAPPELLETTI, **Juízes...**, p. 89, nota 182. No STF, no AGRADI nº 2.130-SC, julgado em 03.10.2001, o relator Min. Celso de Mello, deu os contornos do instituto, ao consignar que a regra inovadora do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 abrandou, em caráter excepcional, o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção de terceiros, passando a permitir o ingresso de entidades dotadas de **representatividade adequada** no processo de controle abstrato de constitucionalidade, sem conferir-lhes todos os poderes processuais inerentes aos sujeitos ordinariamente legitimados para atuar em sede jurisdicional concentrada, arrematando que: “[...] Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* – não só garantirá maior efetividade e legitimidade das decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma

juízo da causa.¹⁷⁷ A questão constitucional, após resolvida separadamente da hipótese fática, retorna ao tribunal para julgamento do caso concreto.¹⁷⁸

É o chamado **princípio ou postulado da reserva de plenário**, previsto no art. 97, da Constituição Federal: “[...] somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público [...]” segundo o qual, a inconstitucionalidade será declarada pelo *quorum* da **maioria absoluta** dos integrantes do **plenário ou órgão especial** do tribunal. O princípio aplica-se tanto à declaração no controle concentrado e principal, quanto à declaração no controle difuso ou incidental de inconstitucionalidade de leis. A incidência da reserva de plenário inibe a atuação monocrática do relator nos órgãos judiciários de deliberação colegiada.¹⁷⁹ Explica o Min. Sepúlveda Pertence que

a regra surgiu nos mesmos termos do art. 179 da Constituição de 1934 – quando inexistente no sistema brasileiro o controle direto de inconstitucionalidade – e se manteve desde então como norma geral dirigida a qualquer tribunal judiciário, quando é certo que, até hoje, só o

perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional [...] a admissão do terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais [...]”.

¹⁷⁷ ZAVASKI, **Eficácia...**, nota 15, p. 34.

¹⁷⁸ Porque o rito procedimental (requisitos) do controle difuso de normas deve ser observado, de nada adianta o Tribunal, em segundo grau, confirmar integralmente a sentença condenatória do juiz singular, por exemplo, numa ação civil pública contra o reenquadramento de servidores em cargos públicos de determinado município, quando o juiz de primeiro grau julgou, naquela ação, uma questão prévia de constitucionalidade, tendo rejeitado uma lei municipal inconstitucional (porque, em realidade, concedia ascensão a cargos públicos sem concurso). Cumpria a esse Tribunal hipotético, antes de confirmar a decisão recorrida, suscitar, *ex officio*, o **incidente de inconstitucionalidade** para confirmação da decisão de origem, acerca da inconstitucionalidade da lei local, que somente seria invalidada por maioria absoluta dos integrantes do órgão especial ou plenário.

¹⁷⁹ Conforme transcrições do Informativo do STF nº 370, na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, Pet 3270/SC, Rel. Min. Celso de Mello, onde é discutida, incidentalmente, a questão da constitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, que acresceu ao art. 84 do CPP, os §§ 1º e 2º, estabelecendo privilégio de foro (foro por prerrogativa de função) a agentes políticos. Cita o magistério da doutrina de BITTENCOURT, **O controle...**, p. 43-46; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2, p. 209; CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 417, item n. 140; MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1347-1349, item n. 97.2, v.g. e a jurisprudência do STF (RF 193/131- RTJ 95/859 – RTJ 96/1188 – RTJ 98/877 – RTSJ 99/273 – RT 508/217 – RDA 145/140), consignando a ementa seguinte: **“Nenhum órgão fracionário de qualquer Tribunal dispõe de competência, no sistema jurídico brasileiro, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos emanados do Poder Público. Essa magna prerrogativa jurisdicional foi atribuída, em grau de absoluta exclusividade, ao Plenário dos Tribunais ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial. Essa extraordinária competência dos Tribunais é regida pelo princípio da reserva de Plenário inscrito no artigo 97 da Constituição da República. Suscitada a questão prejudicial de constitucionalidade perante órgão fracionário de Tribunal (Câmaras, Grupos, Turmas ou Seções), a este competirá, em acolhendo a alegação, submeter a controvérsia jurídica ao Tribunal Pleno”** (RTJ 150/223-224, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Supremo Tribunal e os Tribunais de Justiça têm competência para a declaração por via principal e em abstrato da ilegitimidade constitucional da lei.¹⁸⁰

Nesse mesmo julgado, o STF decidiu que inclusive as decisões que, embora sem explicitar, simplesmente **afastam a incidência da norma ordinária** pertinente ao caso, usando desse mecanismo para não declará-la ilegítima frente à Constituição, não dispensam o procedimento para o controle de constitucionalidade. A decisão do incidente será vinculativa para o órgão fracionário, quando do seu retorno para julgamento da lide.¹⁸¹

Vale registrar a Lei nº 9.756, de 17.12.1998, que introduziu o **parágrafo único no art. 481, do CPC**, tornando obrigatória a vinculação do órgão fracionário à orientação do STF: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo

¹⁸⁰ RIO DE JANEIRO. RE 240096-2/RJ.

¹⁸¹ No Agravo Regimental em Agr. de Instrumento 477.114-SP, o STF ementou *que* “[...] reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição” (RTJ 190/396). No Agravo Interno nº 70002572915, da 4ª Câmara Cível do TJRS, onde se arguiu, no controle difuso, a necessidade da reserva de plenário para pronunciar a inconstitucionalidade de regras do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) que permitem aplicação da multa sem, antes, garantir ao motorista imputado a ampla defesa, o relator Araken de Assis, dentre outros argumentos, deixou claro que “[...] a decisão agravada não declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei nº 9.503/97, **mas lhe deu interpretação conforme à constituição**, nos termos do art. 5º, LV, o que não depende daquele incidente, que visa a negar a incidência de certo dispositivo em razão do seu vício congênito (inconstitucionalidade).” Nessa decisão, também porque já existia pronunciamento definitivo do STF, 1ª T., RE 169.077-MG, negou-se a submissão do feito ao Plenário. O que releva notar é que, utilizando-se o **princípio da interpretação conforme à Constituição** (HESSE, *Elementos...*, p. 70, número de margem 79) que visa a preservação do texto impugnado, quando utilizada pelo colegiado (obviamente o juiz singular também pode e deve utilizá-la) não exige submissão ao plenário (regra art. 97, CR - *full bench*), porque a imputação de inconstitucionalidade, nesse caso, não vinga, restando o texto inteiro preservado na ordem jurídica, com leitura restritiva de seu sentido. Porém, no caso de se ultrapassar a simples concretização do conteúdo das normas constitucionais, invadindo espaço cuja amplitude e abertura da Constituição não mais possibilita a satisfação de uma situação problemática, teremos, isso sim, verdadeira declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, aliás, os limites da interpretação conforme e da “**técnica de decisão**” da **declaração parcial de inconstitucionalidade/nulidade sem redução de texto**, são de difícil definição, dependendo do caso concreto. O Min. Moreira Alves, em julgado publicado na RTJ 126/48), assentou a diferença, esclarecendo que: “[...] o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo [...]” De anotar, por fim, que caso verificada esta última situação, com a inevitável declaração de inconstitucionalidade, invocável a reserva de plenário. De igual teor, a decisão do STF, no RE 179170-CE, DJ 30.10.98: “Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da Constituição Federal. A declaração de inconstitucionalidade e norma jurídica incidenter tantum, e, portanto, por meio de controle de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica incidenter tantum quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão

Tribunal Federal sobre a questão.”¹⁸² O Min. Sepúlveda Pertence lembra que esse dispositivo alinhou-se à construção jurisprudencial antes consolidada no Supremo Tribunal Federal.¹⁸³ Essa opção legislativa veio modificar o entendimento de que a decisão emanada do Plenário do STF não tinha caráter vinculante *inter alios*, fora do âmbito específico do processo em que foi suscitada concretamente. Sustentava-se que não havia regra legal que tornasse obrigatória *pro futuro* a decisão do plenário.¹⁸⁴ Pois com a alteração da lei processual referida, é fora de dúvida que permite o julgamento das questões repetidas, de plano, pelos órgãos fracionários, inclusive, monocraticamente, pelo relator (art. 557, § 1º-A, do CPC, com a redação da Lei nº 9.756/98: O relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior), homenageando-se a racionalidade, independentemente de ser submetida ao Plenário dos órgãos parciais dos outros tribunais (art. 97, CF), novamente, a questão de constitucionalidade já julgada pelo Plenário do STF.¹⁸⁵ Nesse caso, o julgamento pelo plenário ou órgão especial **não será condição de validade** do julgamento da causa. No caso de recurso especial ou extraordinário, o relator, por decisão unipessoal, tem a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, prejudicado, ou que contrarie o direito sumular do STJ e STF (Súmula 322), art. 38, da Lei nº 8.038/90.

Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

¹⁸² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara Criminal. Apelação Crime nº 70004284550. entendeu-se desnecessária a sustação do julgamento com remessa do processo para apreciação do Órgão Especial, para fins dos arts. 209/211, do RITJRS, porque o Plenário do STF já havia entendido que não era inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos (HC 69.603-1), aplicando-se ao caso o parágrafo único do art. 481, do CPC. Em casos tais, permitiu-se a aplicação do art. 557, § 1º-A, do CPC, tendo inclusive na matéria em comento o relator, monocraticamente, resolvido o mérito da insurgência (Recentemente, no julgamento do HC nº 82.959, o STF reverteu esse entendimento, passando a considerar **inconstitucional** o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que obrigava ao cumprimento da pena em regime **integralmente fechado** para os crimes considerados hediondos e equivalentes, admitindo o plenário daquela Corte, a aplicação do art. 557, § 1º-A do CPC, agora, para que o relator autorize, **monocraticamente**, a progressão de regime nos habeas corpus que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos! A 1ª Turma do STF apreciou Questão de Ordem no HC 86.225-DF, rel. Min. Carlos Britto, em 07.03.2006 e a 2ª Turma, identicamente, no HC 85.677-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, em 21.03.2006).

¹⁸³ **RTJ 190/398**: A decisão anterior do plenário do STF vincula o órgão fracionário de outro tribunal – RE 190.728, 1ª T, 27.6.95, **Galvão**, 30.5.97; RE 191.896, 1ª T, 27.5.97, **Pertence**, **29.8.97**; AI 169.149-AgR, 2ª T, 26.6.95, **M.Aurélio**, RTJ 162/765; AI 170.184, 2ª T, 30.5.95, **Velloso**, RTJ 162/767 – a construção jurisprudencial se fundara explicitamente na função outorgada à Corte, de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis.

¹⁸⁴ BRASIL. RE 190.728, 1ª T., voto do Min. Celso de Mello, onde transcreve a opinião de José Carlos Barbosa Moreira: “Nenhuma regra legal existe, porém, que a torne obrigatória ad futurum. Se a inconstitucionalidade foi declarada, o órgão fracionário não pode deixar de levá-la em conta ao decidir; mas, ressuscitada que seja a questão a propósito de outro recurso ou de outra causa da sua competência originária, ou devolvida por força do art. 475, fica o órgão fracionário, à luz do Código, livre de entender constitucional a mesma lei ou o mesmo ato e, sendo o caso, aplicar este ou aquela à nova espécie [...]”

¹⁸⁵ BRASIL. RE 191.898. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 22 ago. 1997.

Assim, como conclui Gilmar Ferreira Mendes, nosso sistema de controle de constitucionalidade passou a equiparar os efeitos das decisões proferidas em processos de controle concentrado e difuso, antecipando-se o **efeito vinculante** dos julgados do STF,¹⁸⁶ evidentemente, afirmamos nós, à mingua de lei autorizativa, em matéria de controle difuso. Os efeitos da decisão do STF foram estendidos de **forma geral** tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade difusa - hipóteses que estariam submetidas à intervenção do Senado Federal -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional, abstratamente, pelo STF.¹⁸⁷

Teori Albino Zavascki destaca a não-incomum hipótese de que, antes do pronunciamento do STF, haja decisão do Pleno ou Órgão Especial do Tribunal local em sentido contrário, concluindo que os Órgãos Fracionários estarão vinculados não mais à decisão de sua própria Corte, mas ao STF, não somente pela sua supremacia como Tribunal Supremo guardião da Constituição, como também porque restariam comprometidos os princípios da economia, da celeridade, da racionalidade dos serviços judiciários, da segurança e da igualdade.¹⁸⁸

Sem embargo, há que se anotar, o STF não tem competência para **exame e rejeição** de inconstitucionalidade entre lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Somente através do controle difuso, no bojo de recurso extraordinário, possui o STF competência para **exame e rejeição** de lei ou ato normativo municipal (art. 102, III, “a”, CF). Quando a norma municipal versa sobre **princípios constantes da Constituição Federal, de absorção obrigatória** pelos Estados e vêm repetidos na Constituição Estadual, mesmo assim, a inconstitucionalidade dar-se-á por afronta à Constituição Estadual e não à Federal.¹⁸⁹ Vale referir que a Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, regulou a **argüição de**

¹⁸⁶ MENDES, O controle..., p. 23.

¹⁸⁷ Ibidem, v. 162, p. 161-2, abr./jun. 2004.

¹⁸⁸ ZAVASCKI, **Eficácia...**, p.37. O mesmo autor aponta a força de precedente da decisão *incidenter* face a nova redação do art. 557 e seu § 1º, do CPC.

¹⁸⁹ BRASIL. RE nº 176.482-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 28.11.97. Vide, também, Reclamação 358-SP, Relator, Min. Moreira Alves. EMENTA: “Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. - A ação direta de inconstitucionalidade em causa foi, afinal, julgada procedente exclusivamente com base em dispositivos constitucionais estaduais, ainda que de reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros. - Ora, esta Corte, desde o julgamento da Reclamação 383, por seu Pleno, firmou o entendimento de que é admissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-membros - e, portanto, por via de consequência, seu julgamento por esses Tribunais com base nesses dispositivos constitucionais estaduais -, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que faz essa reprodução contrariar o sentido e o alcance da norma constitucional federal reproduzida. Reclamação julgada improcedente.” Vide, supra, sub-item 2.4 (**Constituição de 1937**) sobre “**princípios constitucionais sensíveis**” e normas constitucionais de **reprodução obrigatória**, cuja teorização aplica-se à hipótese aqui tratada. É pacífica a jurisprudência do STF, antes e depois de 1988, no sentido de que não cabe a

descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º do art. 102 da CF, sendo um de seus objetivos **o controle de constitucionalidade de leis municipais, diretamente, frente à Constituição Federal**, gerando margem a discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo, porquanto estendeu a competência para **exame e rejeição**, pela via do controle concentrado, de questão relativa a descumprimento de preceito constitucional, a despeito de inexistir na CF previsão expressa desse controle, expandindo-se matéria de competência constitucional, que não seria considerada preceito fundamental, por meio de legislação infraconstitucional ordinária (a tese da constitucionalidade da Lei nº 9.882/99 ainda está em discussão no STF – ADIn 347-0-SP).¹⁹⁰ Existem objeções em admitir-se que essa espécie de controle normativo concentrado somente terá cabimento **subsidiariamente**, quando outro meio judicial não for possível, tais como ADIn, ADC ou recurso extraordinário, por exemplo (art. 4º, § 1º, Lei nº 9.882/99). Lembra Gilmar Ferreira Mendes que a decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; sendo que a mesma questão, resolvida no processo de controle incidental, terá eficácia somente *inter partes*, por isso admite-se a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o STF, prevendo o art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99, que a decisão proferida nesse processo há de ser dotada, além da **eficácia geral**

tribunais de justiça estaduais exercerem o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da Constituição Federal (ADIn 347-0-SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.09.2006).

¹⁹⁰ O conceito de **preceito fundamental**, conforme BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 30, p.69-77, jan./mar. 2000, são “os valores fundamentais que poderão dar ensejo a esta nova ação, e não qualquer contradição com a Carta”[...]”constituem preceitos fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais (CF, arts. 1º e 60, § 4º).” O Min. do STF, VELLOSO, Carlos Mário. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 47, 2002, p. 19, contribui para o esclarecimento do conceito dizendo: “ Ensina José Afonso da Silva: ‘Preceitos Fundamentais não é expressão sinônima de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estes e a todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais’”; “[...] O Ministro Oscar Dias Corrêa, que integrou a Comissão que elaborou o anteprojeto de que resultou a Lei 9.882/99, lecionou, conforme citação do Ministro Néri da Silveira, no voto que proferiu na ADPF 01, que: ‘Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, [...] a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político administrativa’ [...]” Na ADPF 33 MC, com voto de Gilmar Mendes, de 29.10.2003, publicado no DJ de 06.08.2004, o STF assentou que “[...] a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.”

mencionada, também de **efeito vinculante**. Trata-se de uma ponte entre os dois modelos que atribui eficácia geral a decisões que não teriam essa característica no controle incidental.¹⁹¹

A propósito da declaração de inconstitucionalidade de **leis municipais e leis estaduais**, em sede de controle incidental, constatou-se a aplicação de precedentes jurisprudenciais consolidados do STF a situações repetidas, onde as leis inquinadas eram reproduzidas em outros municípios ou estados. O STF tem adotado postura de conferir **efeito vinculante** à tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei municipal, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame, ou seja, estende a **razão de decidir**, ou os **fundamentos determinantes do *leading case*** às hipóteses normativas semelhantes reproduzidas em outras ordens parciais da federação. Confere, portanto, **efeito vinculante** não somente à **parte dispositiva** da decisão de inconstitucionalidade, mas aos **fundamentos de fato e de direito que a embasaram – a verdade dos fatos estebelecida como fundamento da sentença**, aplicando, ainda, o disposto no *caput e § 1º* do artigo 557, do Código de Processo Civil.¹⁹² Dispensa-se, pois, nessas hipóteses, a submissão da questão ao Plenário do STF, quebrando-se, com isso, o **princípio da reserva de plenário** (art. 97, CF). Constataremos, infra, que a **súmula vinculante**, introduzida no direito brasileiro pela EC nº 45/2004, passou a cumprir idêntica função.

6.2.4 O Papel do Senado Federal. Natureza Jurídica e Efeitos de seu Ato de Suspensão

Uma característica de nossa dogmática constitucional, à qual nos ocuparemos em boa medida neste trabalho, remonta à Constituição de 1934 (arts. 91, IV, c/c art. 96), reproduzindo-se, nos sucessivos textos constitucionais, até os dias de hoje (exceto na Constituição de 1937),

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, São Paulo, v. 162, abr/jun. 2004, p. 161-163. Sobre os **requisitos da ADPF**, especialmente a **subsidiariedade**, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a dificuldade na definição da **controvérsia constitucional** (art. 1º, parágrafo único, I, Lei nº 9.882/99), o que caracterizaria lesão a preceito fundamental, especialmente nos processos de massa, sustenta Gilmar Mendes a dificuldade em encontrar autêntica subsidiariedade entre a ADPF e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas no uso do recurso extraordinário, acrescentando que **o juízo de relevância do interesse público em jogo, deve ser interpretado como requisito implícito de admissibilidade do pedido na ADPF** (ADPF 76/TO. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU de 13 fev. 2006).

¹⁹² RIO GRANDE DO SUL. Reclamação 2363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes; Reclamação 2986 MC/SE, Rel. Min. Celso de Mello; Reclamação 1987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, ainda o RE 251.238-RS, Rel. Min. Nelson Jobim; AI 375011, AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie.

conforme se constatou na parte histórica da exposição, é que a **nulidade**, tida como pré-existente, do ato normativo inconstitucional, declarada pelo STF com efeitos restritos somente às partes envolvidas num caso concreto (controle incidental e difuso), seja expandida por um mecanismo destinado a outorgar força obrigatória geral (eficácia geral) àquela declaração, que é o instituto da **suspensão da execução de lei ou ato normativo**. Para essa tarefa, em nosso controle **difuso** de normas, também chamado “sistema” **misto** brasileiro¹⁹³ faz-se necessária a intervenção de um órgão do Poder Legislativo: o **Senado Federal**.

A fórmula engenhosa destinava-se a assegurar **eficácia erga omnes** à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF nos casos concretos. Conforme o Deputado Roberto Campos, na justificação da proposta da EC nº 3/93, por ele encaminhada, “traduzia uma solução de compromisso destinada a evitar polêmica sobre o papel do Judiciário no sistema da divisão de Poderes.”¹⁹⁴ A eficácia **erga omnes** conferida às decisões que antes cingiam-se somente às partes do recurso extraordinário, é expressão de um teorema político, que atribui basicamente ao legislativo o exercício de função legislativa.

Retomando-se a linha expositiva inicial, a mesma questão decidida por um juiz ou tribunal pode ser submetida ao STF via recurso extraordinário (art. 102, inciso III, “a”, CF), que vai decidir, incidentalmente, no caso concreto, se a norma deve ser declarada inconstitucional (quorum mínimo de 8 ministros, RISTF, art. 143, parágrafo único) hipótese em que, se afirmativa (maioria de 6 votos para declaração, art. 173, c/c 174, RISTF), o STF, **obrigatoriamente**, informará sobre o teor de seu julgamento ao Senado Federal (art. 178, RISTF, versão de 15.10.1980), para que este lhe empreste efeitos gerais em relação a terceiros, suspendendo, através de Resolução, a **execução da norma**, art. 52, X, CF (“**suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal**”).

Isso porque, no controle difuso, a inconstitucionalidade reconhecida na lei tem eficácia exclusivamente **inter partes**. O Poder Judiciário não desconstitui ou proclama nulo o comando normativo inválido com eficácia contra todos (**erga omnes**); mas impede que ele incida nos atos, nos casos sob julgamento, sendo que a **desconstituição** ocorrerá somente no caso examinado e somente entre as partes nele envolvidas.¹⁹⁵ A resolução suspensiva do Senado Federal é que atribui

¹⁹³ Vide itens **6 (O modo de efetivação do controle pelo Poder Judiciário)** e **6.2 (Controle Incidental)**.

¹⁹⁴ MENDES; MARTINS, *Controle...*, p. 241 e p. 246, Proposta de Emenda à Constituição nº 130, de 1992.

¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, p. 637.

eficácia geral. Após a publicação da resolução, mesmo que o STF revise o entendimento assentado, nenhum efeito a modificação da jurisprudência produzirá em relação à eficácia *erga omnes* resultante da resolução editada, perfazendo-se imodificável o sentido da resolução em face do próprio Senado Federal.¹⁹⁶

Discute-se, na dogmática constitucional, acerca da **natureza jurídica e dos efeitos** da resolução do Senado Federal.

6.2.4.1 Natureza Jurídica da Resolução do Senado Federal

Predomina o entendimento de que o objetivo da suspensão não é apenas tornar pública a decisão do STF, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos, de acordo com a concepção defendida por C.A. Lúcio Bittencourt,¹⁹⁷ mas que o ato do Senado Federal, de suspender a execução de uma lei inconstitucional, também tem cunho **normativo**, emprestando eficácia e respeito à decisão definitiva do STF, em relação a todos os demais sujeitos de direito – efeitos gerais ao que era Direito entre particulares (caráter de generalidade), ao que obrigava somente as partes envolvidas na relação processual julgada. Quer dizer, uma norma geral de execução com sinal trocado – uma norma geral de não-execução¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Vale, nesse ponto, quanto à necessidade de conferir eficácia geral por meio de resolução e porque se adapta à hipótese em comento, onde está em jogo a autoridade do Senado Federal, referir a asserção de KELSEN, **Jurisdição...**, p. 143: “O mesmo não se dá quando o direito positivo estabelece um mínimo de condições que devem ser reunidas para que o ato jurídico não seja nulo a priori. É o que acontece, por exemplo, quando a Constituição determina que tudo o que for publicado como lei no Diário Oficial deve valer como lei, quaisquer que possam ser suas outras irregularidades, enquanto não for anulado por uma instância qualificada para tal. Porque, no fim das contas, é sempre uma autoridade pública que deve declarar de forma autêntica se as condições mínimas foram ou não respeitadas, senão qualquer um poderia se dispensar de obedecer às leis, alegando simplesmente que não são leis.” Com relação ao exaurimento da competência constitucional do Senado Federal após a edição da resolução e inalterabilidade desse ato jurídico por si, vide RTJ 38/5; 38/569 e 39/628.

¹⁹⁷ BITTENCOURT, **O controle...**, p. 145-146: “O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal [...] Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. **O objetivo do art. 64 da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.** Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução” (grifamos). O art. 64, refere-se à Constituição de 1946, com redação equivalente ao atual art. 52, inciso X, CF/88.

¹⁹⁸ Vide MS 16.512, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 38(1):20, 21, 23 e 28, citado no artigo de Gilmar, RT 760/25. Essa a opinião de Alfredo Buzaid, Paulo Brossard, Josaphat Marinho, Celso Ribeiro Bastos e Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, conforme resenha trazida por MENDES, O papel do..., p. 150.

A orientação doutrinária que nega significado substancial à decisão do Senado Federal para conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade prolatada no caso concreto, dizendo que essa fórmula há que ter simples **efeito de publicidade**, buscou no instituto da **força de lei** das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, previsto no § 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal,¹⁹⁹ sua fonte de inspiração, especialmente porque, consoante com esse dispositivo (§ 31, 2), as decisões daquele Tribunal têm força legislatória (**força de lei**), nos casos de controle abstrato de normas, de revisão do direito internacional público, de continuidade da vigência de direito como direito federal, de recurso constitucional e de **controle normativo concreto (controle difuso**, que aqui nos interessa), conjunto denominado de **controle normativo**. Sustenta essa orientação, outrossim, o entendimento de que o Senado Federal não tem a faculdade de publicar, mas sim o dever de fazê-lo, todavia, **a não-publicação não impede a real eficácia da decisão do STF.**²⁰⁰

Contudo, há que se elucidar que a **força de lei** não significa que essas decisões se **equiparem** à lei (formal e materialmente), mas apenas que têm semelhança com a lei e tal semelhança “se mostra, por um lado, na vinculação que não abarca somente, como no § 31, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, os órgãos constitucionais da Federação, dos estados, todos os tribunais e autoridades, mas também todo o cidadão diretamente, i.e, todas as pessoas naturais e jurídicas;[...].”²⁰¹ Sendo assim, há uma larga distância entre a **força de lei**

¹⁹⁹ ALEMANHA. **Lei Sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão: “§ 31.[Obrigatoriedade das decisões]** (1) As decisões do Tribunal Constitucional Federal **vinculam** os órgãos constitucionais da Federação e dos estados, assim como todos os tribunais e autoridades. (2) Nos casos do § 13, n.6,11,12 e 14, a decisão do Tribunal Constitucional Federal tem **força de lei**. Isso vale também nos casos do § 13, n. 8ª, quando o Tribunal Constitucional Federal declara uma lei compatível ou incompatível com a Lei Fundamental, ou nula. Na medida em que uma lei é declarada compatível ou incompatível com a Lei Fundamental ou com outro direito federal, ou nula, a **parte dispositiva da decisão deve ser publicada** no diário Oficial da Federação por meio do Ministério da Justiça Federal. O mesmo vale por analogia para a **parte dispositiva da decisão** nos casos do § 13, n. 12 e 14.” (grifamos). De registrar que assente, em nossa prática jurisdicional, a orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* da decisão do STF se refere à **parte dispositiva do julgado**, não somente pelo que se deduz dos termos do art. 506, inciso III, do CPC (“da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial”), como do art. 28, *caput*, da Lei nº 9.868/99 (“Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União **a parte dispositiva do acórdão**” - grifamos), com a mesma previsão, o art. 10, § 2º, da Lei nº 9.882/99; mas porque os efeitos em relação a terceiros, ou o respeito que todos devem à decisão que julgou a lei ou ato inconstitucional, não lhes permitindo licitamente contrariá-la ou feri-la, não tem força vinculante no que concerne à **segunda parte da sentença**, ou seja, à fundamentação composta pelos **motivos de fato e de direito**, nem ao menos a **verdade dos fatos estabelecida como premissa para o julgamento**, ainda que determinantes e imprescindíveis para fixação do conteúdo do **dispositivo** da decisão judicial (art. 469, CPC). Retornaremos à consideração desse assunto, novamente, mais adiante, quando o tema da força de lei e do efeito vinculante das decisões do STF serão abordados no item **6.2.5 (A Força de lei e o Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal)**. É certo que as recentes orientações do STF apontam no sentido inverso do aqui afirmado, denotando tendência do nosso desenvolvimento jurisprudencial constitucional praticamente irreversível.

²⁰⁰ MENDES, O papel do..., p. 166.

²⁰¹ Cf. HECK, **O Tribunal...**, p. 161.

concebida pelos tedescos e o sentido de **mera publicização** que hoje se quer dar ao ato do Senado Federal, para justificação da norma constitucional que lhe delega a tarefa de emprestar eficácia *erga omnes* (art. 52, inc. X, CF), negando-se-lhe qualquer outra finalidade. Se a **força de lei** dos estrangeiros não é o mesmo que **publicidade**, também não tem semelhança com o que se chama de *erga omnes* entre nós. Para De Plácido e Silva, *erga omnes* “é locução latina que se traduz: contra todos, a respeito de todos ou em relação a todos. É indicativa dos efeitos em relação a terceiros, de todos os atos jurídicos ou negócios jurídicos a que se atenderam todas as prescrições legais, em virtude de que a ninguém é lícito contrariá-los ou feri-los.”²⁰² Os arts. 102, § 2º, da CF e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 prevêm que as decisões de inconstitucionalidade terão “**eficácia contra todos**” e estabeleceu que o “**efeito vinculante**” diz respeito aos poderes e autoridades públicas (Poder Judiciário e Administração Pública nos três níveis), exceto o Legislativo. Assim, por exemplo, o último diploma citado estabeleceu, em um único enunciado normativo, as duas situações (força de lei e vinculação), mas no que diz com a aplicação da **vinculatividade** e suas conseqüências às pessoas naturais (particulares) e jurídicas, deixou a lei brasileira de ser explícita, diversamente do que ocorreu na Alemanha, com a **força de lei**. Dessa forma, não será demasia afirmar que a “**eficácia contra todos**” (art. 28, parágrafo único, Lei nº 9.898/99) significa que a **vinculatividade** ou o “**efeito vinculante**”, embora não constando expressamente em nossa lei, não diz respeito somente aos órgãos do Poder Público, mas aos particulares também (o texto do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, tem proposição similar).

Quando é o Poder Legislativo quem elabora ou **revoga** qualquer legislação, a prática de seus atos jurídicos, revestida das formalidades essenciais, estão resguardadas por disciplina própria, previamente existente, concernente ao chamado **processo legislativo**. Não é o caso dos procedimentos a serem realizados somente pelo Senado Federal, até porque de forma *sui generis* os atos por si praticados para suspender a execução de lei, não se revestem da forma complexa exigida para criação ou revogação da lei pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional). A rigor, o Senado Federal exerce, igualmente, uma **competência funcional** de transformar uma decisão prolatada no controle de constitucionalidade de um caso isolado, em espécie normativa (resolução) rígida e impermeável à alteração por via judicial. Essa função do Senado Federal **não possui regulamentação em prévia lei formal específica**, como seria recomendável, com sede constitucional. E em nível infraconstitucional inexistente disciplina da regularidade formal do exercício de seu poder como guardião parcial da Constituição, no âmbito de sua competência

²⁰² DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 611.

funcional, sendo insuficiente, para tanto, a invocação do art. 386, do Regimento Interno do Senado Federal.²⁰³ Ausente, nessas condições, nessa seara específica, o **devido processo jurídico-procedimental**, art. 5º, inciso LIV, da CF, previsto em lei formal, para garantir a extensão, características e a forma detalhada do exercício da competência outorgada ao Senado Federal pela Constituição de 1988. Infra, no sub-item **6.2.6**, destacado para tratar da ausência do procedimento devido prévio, retornaremos a essa questão.

Por ora, contentemo-nos em afirmar que a tarefa do Senado Federal iguala-se com a atividade do **legislador negativo**, no sentido concebido por Kelsen, dentro da jurisdição constitucional, porque tira a eficiência da lei ou ato inconstitucional em relação a todos (execução de sinal trocado, negativo), da mesma forma com que a conduta devida é posta universalmente pelo **legislador positivo** para execução como norma geral. As duas funções estatais têm caráter jurídico, mas o ato jurídico da resolução apresenta-se como ato de aplicação da Constituição. Não é adequado, em consequência, o entendimento de que o ato emanado do Senado Federal signifique apenas uma função de **publicidade da decisão do STF**, como sustentado por muitos, valendo anotar, nesse passo, a lição de Pontes de Miranda, contra esse entendimento:

A soma de todos os julgados que a desconstituíssem em todos os casos **ocorridos** não seria igual à suspensão de sua eficácia, porque suspensão de eficácia é não-eficácia em todos os casos **possíveis**. A conspicuidade do Senado Federal retira qualquer fundamento à interpretação do art. 42, VII, que reduza a função do Senado Federal à de **publicidade** da decisão do Supremo Tribunal Federal, como se se lhe houvesse minguido a alta investidura, a ponto de ser, desastradamente, rebaixado à categoria de registro de títulos e documentos judiciais.²⁰⁴

A eficácia em relação a todos os cidadãos, força sentencial agregada pelo Senado Federal à sentença definitiva de inconstitucionalidade do ato pelo STF no controle difuso (**força obrigatória de lei**), gera dúvidas se tem somente caráter prospectivo, ou não. Quer dizer, discute-se se é caso de **revogação** (com eficácia *ex nunc*) ou **invalidação (nulidade do controle difuso**, com eficácia *ex tunc*) da lei ou ato normativo incompatível com a Constituição.

²⁰³ Vide CUNHA, **O efeito...**, p. 100: “O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade, total ou parcial de lei, mediante: a) comunicação do Presidente do Tribunal; b) representação do Procurador-Geral da República; c) projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.”

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967**, p. 622-623. Para conferir o exato entendimento de Hans Kelsen, acerca da atividade do legislador negativo da jurisdição constitucional, ver a obra aqui multicitada, KELSEN, **Jurisdição...**, p. 152-153.

6.2.4.2 Efeitos da Resolução. Retroatividade

O ex-Senador e ex-Ministro do STF, Paulo Brossard, considera que a afirmação da constitucionalidade e da inconstitucionalidade da norma por sentença, simplesmente **declara** a validade ou a nulidade, nada constitui, nem desconstitui, portanto, a sua eficácia temporal em relação ao preceito examinado é *ex tunc*:

A Corte verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.²⁰⁵

O tribuno gaúcho ainda destaca:

[...] se é certo que **a lei inconstitucional é como se nunca tivesse existido** ('an unconstitutional act is not a law; It confers no rights; it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed', **Field**, em Norton v. Shelby County), a verdade é que, por espírito de realismo, tem se admitido, conforme o caso, efeitos à lei inconstitucional, enquanto não declarada tal [...] Suspendendo sua execução, o Senado realiza tarefa de política legislativa e de saneamento da ordem jurídica.²⁰⁶

Teori Albino Zavascki, ao traçar a distinção entre os institutos da **revogação e suspensão** no ato do Senado assenta que:

No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as conseqüências são diferentes. A norma inconstitucional é **nula** desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. **Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência.** A Resolução do Senado que "suspende a execução" opera a universalização dessa conseqüência: importa reconhecimento estatal de que **a norma em questão jamais teve aptidão para incidir, e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação** [...] relativamente ao futuro, tanto a norma revogada quanto a suspensa não

²⁰⁵ BROSSARD, Paulo. apud ZAVASKI, **Eficácia...**, p. 49: A hipótese do julgado diz com o mérito na ADIn e ADC, mas o princípio também se aplica ao controle difuso, onde o autor cita o voto proferido pelo Min. Brossard na Adin 2, RTJ 169:780.

²⁰⁶ BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, abr./jun. 1976, p. 61-62.

incidem; porém, relativamente ao passado, a norma revogada incidiu, enquanto a norma suspensa, porque inconstitucional, não incidiu.²⁰⁷

Sob o fundamento de que o STF é o guardião da Constituição (art. 102, § 2º) e que também no âmbito do controle concreto os **precedentes** do STF têm **eficácia transcendental** no sistema, relativamente à *eficácia contra todos, efeito vinculante e efeitos ex tunc*, pondera:

[...] Com efeito, ao julgar a rescisória não se está executando o acórdão proferido em controle difuso. O que se faz é acolher a orientação nele adotada pelo Supremo, cuja autoridade não decorre da circunstância de ser anterior à sentença rescindenda, mas de se tratar de pronunciamento do guardião da Constituição, o que, por si só, determina seja acolhido em qualquer futuro julgamento, inclusive nos de ações rescisórias. Pela mesma razão, **não vem ao caso saber se a norma eventualmente tida por inconstitucional pelo precedente do Supremo teve ou não sua execução suspensa pelo Senado**. Se foi suspensa, haverá aí apenas uma razão a mais para acolher o precedente do STF, já que **a suspensão pelo Senado tem eficácia erga omnes e, segundo orientação predominante, ex tunc (22).**²⁰⁸ (grifamos)

Como visto acima (sub-item **6.2.3. Requisitos Procedimentais do Controle Difuso**), a posição do autor aludido é diametralmente oposta à de Ada Pellegrini Grinover, porque sendo a questão constitucional prejudicial, *qaestio iuris praejudicialis* de que nos fala Pontes de Miranda,²⁰⁹ e possuindo eficácia limitada à preclusão, já que não poderá ser objeto de cognição incidental, novamente, no mesmo processo, se a lei vale ou não vale; não se estendendo, portanto, à prejudicial, a autoridade de coisa julgada da sentença, não poderia ter projeção para fora da relação entre os litigantes, vinculando terceiros, como sustentado pela doutrina supracitada. O alargamento das raias da *auctoritas rei iudicatae* é problema a ser decidido no âmbito de cada ordenamento, nomeadamente, pelo legislador ordinário processual no direito brasileiro.

A sentença proferida pelo STF no controle concentrado (tem sido admitida também no incidental, como se discorrerá infra, no próximo item) terá **efeito vinculante** (*Bindungswirkung*) em virtude da qualidade de seus efeitos (coisa julgada formal e material oponível *erga omnes*), tornando o ato inquinado ineficaz desde seu nascimento. Considera-se **efeito vinculante**

uma qualidade da sentença que vai além das suas eficácias comuns (*erga omnes*, coisa julgada, efeito preclusivo), “uma peculiar força obrigatória geral”, uma “qualificada força de precedente”, variável em cada sistema, extensivo, em alguns deles, ao próprio legislador; [...] o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a

²⁰⁷ ZAVASKI, **Eficácia...**, p. 32-33.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 52, nota 37, parte final e p. 136, inclusive notas 21 e 22.

²⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, p. 600.

conseqüência processual de assegurar, em caso de recalcitrância aos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor seu cumprimento”.²¹⁰

Para Gilmar Ferreira Mendes a atribuição funcional do Senado Federal para a suspensão, tem a natureza de **ato político** que empresta eficácia contra todos à decisão do STF proferida no caso concreto, conferindo efeito geral ao que era particular, retirando a lei do ordenamento jurídico, definitivamente, e com **efeitos retroativos**.²¹¹ O Senado Federal, conforme aquele autor, não está obrigado a expedir o ato de suspensão, nem sua omissão ou recusa à extensão dos efeitos, caracterizam infringência a princípios de ordem constitucional, não afetando a relação entre os Poderes. O atual Ministro do STF apóia-se na orientação do então Senador Accioly Filho, reputando-a a melhor doutrina na espécie.²¹²

²¹⁰ ZAVASKI, **Eficácia...**, nota 15, p. 52.

²¹¹ Essa posição contrasta com a doutrina de Kelsen. Ao considerar o ato do Senado Federal como **ato político**, o autor citado afasta-se da idéia da primazia da Constituição sobre o Parlamento. Ocorre que o ato a ser praticado pelo Senado Federal representa um desdobramento da **função constitucional de controle** das normas inconstitucionais. O STF, no incidente de inconstitucionalidade levado ao plenário, realiza um julgamento de incompatibilidade lógica entre proposições abstratas de uma lei e da norma abstrata da Constituição, atuando como **legislador negativo**. Essa tarefa, pelo desenho que a Constituição de 1988 manteve, é dividida com o Senado Federal, para fins de que se entregue a este a função de fazer com que a declaração tenha efeitos *erga omnes*, o que é próprio de um **ato legislativo negativo** (*actus contrarius com força de lei*). Suspensa a execução da lei cujo suporte fático de sua produção está em contradição com a norma constitucional (superior) que regula tal suporte fático, nenhum outro juiz ou tribunal poderá aplicá-la, nem mesmo o STF, porque se não é mais eficaz, não mais pode ter aplicação aos fatos. A atividade do Senado Federal, na medida que lhe toca, como partícipe ativo e de complementação do papel exercido pelo legislador negativo (a função estatal do STF, ao cassar por sentença o ato normativo inválido, também é de legislador negativo, complementando-se as funções dos dois órgãos, de forma coordenada) na jurisdição constitucional determinada pela Constituição, por essa razão, tem função parecida com a de qualquer outro tribunal em geral – função de aplicar o direito -, por conseguinte, efetivamente **jurídica**, porque também dá **juridicidade** aos atos estatais de cassação judicial dos atos normativos nulos, e não apenas **uma deliberação política**, como sustentado por boa parte da doutrina brasileira. Não cabe ao Senado Federal, contudo, ingressar em apreciações de valores, interesses do caso concreto, substituindo uma tarefa de simples lógica racional, ligada à invalidez da lei, para ingressar no terreno da oportunidade, pois não possui a mesma liberdade de criação que é dada pela Constituição ao legislador positivo para sua concretização. Na Assembléia Constituinte de 1946, o debate sobre o papel de coordenação pelo Senado Federal foi reencetado, valendo destacar a opinião de Prado Kelly, em sentido oposto ao que sustentamos aqui, confira-se: “Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos diante de uma função judicante, mas de fiscal do arbítrio do Poder Executivo. O dispositivo já constava na Constituição de 34 e não foi impugnado por nenhum autor ou comentador que seja do meu conhecimento. Ao contrário, foi um dos dispositivos mais festejados pela crítica, porque atendia, de fato, às solicitações do meio político brasileiro.” (**RIL 57/267-268**). Reproduzindo o pensamento de Hans Kelsen, **HECK, A nulificabilidade...**, reforça a idéia por nós sustentada de que todos os órgãos estatais que compartilham parcela de competência no sistema de legalidade estatal-jurídico para guarda da constituição, desempenham **atividade jurídica**: “Segundo Kelsen, jurisdição estatal é jurisdição constitucional e como tal uma garantia judicial da constituição. Ela é uma parte no sistema de medidas técnico-jurídicas que tem a finalidade de garantir a juridicidade das funções estatais, porque as próprias funções estatais tem caráter jurídico, elas apresentam-se como atos jurídicos [...]”.

²¹² MENDES, **Direitos fundamentais...**, p. 371-373. Vale verificar a clareza com que o Senador Accioly Filho defendeu sua orientação:

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação.

Clóvis do Couto e Silva, expendendo sobre o art. 64, da Constituição de 1946 (equivalente ao art. 52, X, da atual CF), em artigo doutrinário de 1959, aponta que a lei cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal, se desfaz, deixa de integrar o corpo do direito nacional, entretendo sua **anuência à teoria da nulidade**, não escusando seu profundo conhecimento da teoria do fato jurídico e dos institutos do Direito Privado:

Realmente, estabelecido o princípio da constituição como **Paramount**, algum dos poderes deve zelar por sua observância. Entre nós, essa prerrogativa cabe ao Judiciário com uma particularidade⁽⁴³⁾: o Judiciário declara a inconstitucionalidade da lei. Esta se torna **nula e ineficaz**, com relação ao caso julgado. Para que a lei deixe de existir, entretanto, é necessário que o Senado suspenda a sua execução. Com isso a lei se desfaz, deixa de integrar o corpo do direito nacional.²¹³(grifamos)

Luís Roberto Barroso também perfilha o entendimento de que a suspensão do ato normativo pelo Senado Federal é dotada de **efeitos *ex tunc* (retroativos)**, porque fundada em melhor lógica e

Esta opera **ex nunc**, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é **ex tunc**, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o **quorum** qualificado.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos **erga omnes** à decisão.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito **ex tunc**, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, **é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade**”

[...]

“**Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada**, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3º, da Constituição). Os Juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...)

A **suspensão** por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A **revogação**, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A **suspensão** por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a **separar o conceito de revogação daquele da suspensão** de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. **O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.**”(grifamos).

²¹³ COUTO E SILVA, Clóvis do. Fontes e ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição. *Revista Jurídica*, 1959, p. 65.

em melhores argumentos, reconhecendo, contudo, que a matéria suscita ampla controvérsia doutrinária.²¹⁴

Essa tem sido, portanto, a orientação predominante na doutrina pátria, contudo, veremos, mais adiante, que para definir a natureza jurídica do ato do Órgão componente do Congresso Nacional (resolução), a teoria da nulidade e dos efeitos retroativos mostram-se inadequados como modelo dogmático capaz de solucionar problematizações surgidas no desenvolvimento da experiência constitucional do Brasil.

6.2.4.3 Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?

Outra questão polêmica é se a “**suspensão da execução**” da norma pelo Senado Federal decorre de um **juízo político, de conveniência e oportunidade**, pois órgão do Congresso não seria um “cartório do STF”, nem seria sua função subalterna, muito menos estaria **compelido** ou **vinculado** à adoção daquela providência?

Sálvio de Figueiredo Teixeira, já em 1973 defendia a obrigatoriedade da suspensão pelo Senado Federal, tendo **caráter impositivo** e não de conveniência:

Segundo entendemos, o Senado fica vinculado à decisão proferida pelo Judiciário, não podendo o mesmo atentar para conveniências políticas em tal conjuntura, omitindo-se, haja vista que a lei não lhe deu essa faculdade, que seria esdruxulamente ampliadora e contraditória, levando-se em conta que o colimado foi atribuir ao Legislativo o resguardo das formalidades no processo da invalidade.²¹⁵

²¹⁴ BARROSO, **O Controle...**, p. 111. O autor ressalta a doutrina nacional em sentido contrário a esse entendimento, mencionando como defensores de atribuírem-se **efeitos ex nunc** à Resolução do Senado Federal, os autores: Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari, registrando que o levantamento é de CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122, este como posição no sentido do texto supra. Vale mencionar, também, o texto do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, art. 1º, §§ 1º e 2º: “§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial. § 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, **incidentalmente**, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.”(grifamos)

²¹⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro. **Lemi**, Revista Jurídica, n. 68, p. 1-21, jul. 1973.

Podemos alinhar os autores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid como perfilhando a mesma opinião, de que o ato do Senado Federal **não é optativo**, mas que aquele órgão político, quando houver a hipótese prevista na Constituição, de decisão definitiva do STF, **estará juridicamente vinculado e deve estender a todos (*erga omnes*)** e para o futuro a suspensão da eficácia da norma (*ex nunc*), de forma que ela não fique somente restrita às partes e dependente de livre juízo político de **oportunidade e conveniência**.²¹⁶

Para o então Min. Victor Nunes Leal, o Senado Federal teria seu próprio critério para decidir sobre a eficácia normativa da suspensão, já que sua intervenção seria desnecessária se a decisão do STF tivesse de ser automaticamente acatada, pois poderia ser executada desde logo, daí a necessidade de se acrescentar um **plus** à decisão judiciária, tornando-a obrigatória para todos.²¹⁷

²¹⁶ MORAES, Curso..., p. 564. É oportuno destacar, dentre os autores que entendem **não ser optativa** a atuação do Senado, a opinião de que se trata de **atividade vinculada, de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou ato**, perfilhada por Celso Ribeiro Bastos: “O problema básico que se coloca é saber-se da discricionariedade ou vinculação do senado na expedição do ato de suspensão. Neste sentido, três são as soluções concebíveis. A primeira propugna pela existência de discricionariedade a favor do Senado, a qual lhe permitiria agir ou deixar de fazê-lo, segundo seu próprio entendimento, no sentido do cumprimento da sua missão. Esta posição esbarra com a seguinte dificuldade: para que entregar a Constituição ao Supremo o julgamento da inconstitucionalidade das leis, se pretende, a seguir, substituir tal pronúncia por uma decisão política do Senado?”

Uma segunda corrente defende a ausência de qualquer margem de apreciação de sua parte. O Senado ficaria assim reduzido a mero órgão chancelador da decisão do Supremo, o que não dá explicação do motivo pelo qual o Senado foi escolhido para desempenhar essa função, posição essa, ao que parece, endossada por Lúcio Bittencourt, quando diz que a função do senado é dar publicidade a tal decisão.

A mais correta decisão nos parece ser aquela que atribui significado ao papel do Senado, sendo este, contudo, meramente formal. Cabe, ao nosso ver, ao Senado examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais para a declaração de inconstitucionalidade. Não nos parece merecer acolhida a alegação de se tratar de questões interna corporis do Supremo.

Ao Senado incumbe justamente indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais.

Trata-se, pois, de **atividade vinculada, de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou ato**.

O Senado, nestas condições, em **exercendo função própria do legislativo, não se pode furtar à suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal desde que se tenham verificado os requisitos para tanto**.

Em caso de suspensão, ‘não mais pode o STF, ou qualquer outro Tribunal, ou juízo, aplica-la: não é eficaz; portanto, não incide’ (BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo:Saraiva, 1995, v. 4, t. 1, p. 179).

²¹⁷ BRASIL. RTJ, v. 38, p. 22 e 23. Ver, também, no sentido de que é decisão de conveniência política do Senado Federal, a Representação nº 1.012, de 27.09.1979, voto do Min. Rel. Moreira Alves, onde decidiu que no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade “[...] só tem eficácia **erga omnes** se o Senado Federal houver por bem (**decisão de conveniência política**) suspendê-la no todo ou em parte.” Essa, também, a opinião de Pontes de Miranda, consignando que a suspensão da execução é o mesmo que **suspensão de eficácia**: “Pode ter havido decisão que, embora definitiva, não possa ser considerada a última atitude do Supremo Tribunal Federal. Às vezes, o próprio Supremo Tribunal Federal, a despeito da maioria absoluta, que o art. 116 exige, **tem duas atitudes, ou mais de duas. Acontecer pode que ao Senado Federal caiba, na defesa da Constituição, repelir a jurisprudência**. Certo, falta-lhe qualquer poder de manifestar-se contrariamente **in casu**, devido à coisa julgada formal e à eficácia constitutiva negativa; mas **é-lhe facultado negar a suspensão da eficácia da lei, dita, no art. 42, VII, execução de “lei ou decreto”**, no que concerne aos outros casos, pretéritos ou futuros. Cada um desses é suscetível da cognição da justiça, porém a lei não está suspensa em sua eficiência. A lei continua a ter eficácia, pois que *somente*

Para o ex-Senador, Paulo Brossard, o Senado Federal exercita um poder só a ele reservado, praticando uma **medida política**, um ato de natureza “quase legislativa” citando o acórdão relatado pelo Ministro Carlos Medeiros Silva (RTJ, v.38, p.61), concluindo que ao suspender a execução da norma questionada, o Senado Federal “[...] faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, confere efeito geral ao que era particular, em uma palavra, generaliza os efeitos de uma decisão singular.”²¹⁸

Gilmar Ferreira Mendes, perfilhando **orientação dominante**, entende que o **Senado Federal não está obrigado** a suspender, imediatamente, a lei que teve a inconstitucionalidade declarada, lembrando o ensinamento do saudoso Min. Victor Nunes Leal:

[...] o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar.²¹⁹

O mesmo autor, recentemente, apoiando-se em jurisprudência e doutrina que vêm destacando a precedência, autoridade e grau hierárquico do STF, quem detém o monopólio da última palavra em tema de exegese, impondo a interpretação do texto constitucional aos demais Tribunais, sob justificativa da **força normativa da constituição, da autoridade do STF como guardião da Constituição e do valor da supremacia jurídica da Constituição**, propõe releitura dos institutos vinculados ao **controle difuso**, concluindo, a propósito da **suspensão de execução** da lei pelo Senado Federal, que:

[...] a fórmula relativa à suspensão de execução pelo Senado Federal **há de ter simples efeito de publicidade**. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, **em sede de controle incidental**, chegar à conclusão, **de modo definitivo**, de que a lei é inconstitucional, **esta decisão terá efeitos gerais**, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. **A própria decisão da Corte**

foi desconstituída, parcialmente, in casu” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967/69*, p. 622 - grifamos).

²¹⁸ BROSSARD, O Senado..., 1976.

²¹⁹ MENDES, *Direitos fundamentais...*, p. 373-374 (MS 16.512, de 25.05.1966, RTJ n° 38(1):23). Vide, também, MENDES, *Jurisdição...* p. 43, nota 189. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 254, também adere a essa posição de Gilmar Mendes, registrando que **tanto o STF, como o Senado Federal, entendem que este (Senado) não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva**, porque ela seria **ato discricionário do Poder Legislativo**, classificado como **deliberação essencialmente política, de alcance normativo**, mencionando, como respaldo, o Mandado de Injunção n° 460-9/RJ, do Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJU em 16.06.1994; Mandado de Segurança n° 7.248-SP, Rel. Min. Victor Nunes Leal e, quanto ao entendimento do Senado Federal, a RIL n° 48/265, ano 12, 1975, Parecer n° 154, de 1971; Parecer n° 261 de 1971 e Parecer n° 282, de 1971.

contém essa ‘força normativa’. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas [...] **A não-publicação** não terá o condão **de impedir** que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.²²⁰

Arremata que é possível, sem qualquer exagero, falar que houve, com relação à regra do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, **autêntica mutação constitucional**, decorrente da completa reformulação do sistema jurídico, afirmando poder-se cogitar de uma “autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto (FERRAZ, 1986, p. 64 et seq, 102 et seq; JELLINEK, 1991. p. 15-35; HSÜ, 1998. p. 68 et seq).”²²¹

Deve ser posta em dúvida a leitura de que se trata de **um caso clássico de mutação constitucional (Verfassungswandel)**, consoante defendido pelo Min. Gilmar Mendes, porque o desejo de dar solução jurisdicional definitiva a questões que dependem da vontade geral da coletividade e ao jogo político-democrático do direito de conformação legislativa, pode dar ensejo a soluções assistêmicas e desintegradoras da **unidade normativa** da Constituição.

Consultemos Konrad Hesse para esclarecer que a **mutação constitucional** ocorre quando o conteúdo de uma norma constitucional não se deixa geralmente realizar somente sobre a base das exigências que:

[...] se expressam, sobretudo, na forma de um texto lingüístico – que estão contidas na norma, e precisamente tanto menos quanto mais geral, incompleto, indeterminado é formulado o texto da norma. Para poder dirigir a conduta humana na situação respectiva carece, por isso, a norma, em geral, mais ou menos fragmentária, de concretização. Essa só é possível ao, (sic) do lado do contexto normativo, as particularidades das condições de vida concretas, com as quais a norma está relacionada, ser incluídas no procedimento [...] (vide, com mais detalhes, Hesse, na nota de rodapé no final do parágrafo abaixo).

A **mutação** não afeta o texto como tal, esse fica inalterado, mas a concretização do conteúdo das normas constitucionais, dotadas de amplitude e abertura para muitas determinações constitucionais, dependendo da alteração dos pressupostos de sua incidência, pode conduzir a resultados diferentes e, sob esse aspecto, produzir mesmo uma “**mutação**”. O direito não-escrito não deve entrar em contradição com a *constitutio scripta*, sendo esta um limite insuperável da

²²⁰ BRASIL. ADI 3345-0-Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Refere-se a ação direta de inconstitucionalidade relativa à edição da Resolução do TSE 21.702/2004, que acolheu representação para conferir **efeitos transcendentais** ao Recurso Extraordinário nº **197.917/SP**, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, em 31.3.2004, sobre os limites constitucionais ao número de vereadores das Câmaras Municipais, proporcionalmente à população, com aplicação de critério aritmético rígido para interpretação do art. 29, IV, da CF. Sobre o tema da **transcendência**, ver Reclamação 1.987/DF, RIL, vol. 162/149-168 e MORAES, **Constituição do Brasil...**, p. 2405-2406. Mais detalhadamente MENDES, O papel do Senado..., p. 165.

²²¹ Ibidem, p. 165.

interpretação constitucional, já que “não existe realidade constitucional **contra a constituição**”, por isso as possibilidades de mutação são limitadas. Por outro lado, há que se distinguir a **mutação** do **rompimento constitucional**, ou seja, o desvio do texto em cada caso particular, sem modificação do texto, e da **modificação constitucional** por interpretação, “**quando o intérprete passa por cima da Constituição**”, não mais a interpretando, mas sim modificando seu texto. A problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam. Mesmo que um problema não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topois*. O Direito Constitucional, “como direito fundamentador da ordem total e delineado para a ordenação do conjunto, não deve ser entendido pontualmente, do problema individual [...]”.²²²

Esse ensinamento serve para elucidar que não basta invocar o Direito Alemão para afirmar que a atividade de suspensão da execução (eficácia) da lei julgada inconstitucional pelo Senado Federal seja somente de mera **publicidade**. Não estão preenchidos os pressupostos dogmáticos para classificar a hipótese de incidência em comento como de **mutação constitucional**. Ensina Raul Machado Horta que a mutação é a separação entre o preceito constitucional e a realidade, onde a realidade constitucional é mais ampla que a normatividade constitucional, concebendo a mutação constitucional como prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita, nem a contradiz (letras “a” e “d”).²²³ Mas não podemos concordar com a premissa argumentativa da mutação, de que a evolução histórico-institucional do controle concentrado tenha tornado obsoletos e inúteis os mecanismos democráticos criados por proposições jurídico-constitucionais ainda vigentes do controle difuso (referimo-nos ao art. 52, inc.X, CF e à exigência de maioria absoluta, art. 97, CF). Da mesma forma, não é de fácil aceitação que um discurso entimemático (porque o silogismo omite premissa maior verdadeira e subentende premissa imperfeita de que a decisão proferida no controle difuso possui efeito vinculante, tal qual a decisão no controle concentrado) torne indisputável a utilização da técnica da **vinculação transcendente de fundamentos e questões prejudiciais de decisão *inter partes*** no controle difuso. Por igual, que a necessidade de manipulação dos efeitos ou de sua limitação, em relação às decisões de inconstitucionalidade, sejam boas razões para dissimular a perda de vigência da competência reservada ao Senado Federal pela Constituição. Até porque, se o parâmetro é a **força de lei** do § 31, 2 da Lei sobre o Tribunal Constitucional dos

²²² HESSE, **Elementos...**, Números de margem 39, 45, 77, 78, p. 46; 49-50; 51; 70.

²²³ HORTA, **Direito...**, p. 104. Para Horta: “A mudança na Constituição se exterioriza em duas formas de atuação: a reforma constitucional, empregando a expressão no sentido amplo, para abranger **revisão e emenda** e a mutação constitucional.”

alemães, combinado com o art. 94, alínea 2, frase 1, da Lei Fundamental de Bonn²²⁴, seu alcance teria de ser muito mais amplo do que a simples **publicidade**, já que aquele instituto cuida da **vinculatividade ou obrigatoriedade** das decisões no controle de normas difuso e concentrado, não somente em face dos poderes públicos, mas de todos os cidadãos (*intra omnes*); e a força obrigatória geral dos alemães (**força de lei**) não se limita a tornar ineficaz somente atos legislativos, mas desconstitui e invalida efeitos de qualquer lei ou ato normativo inconstitucional, não havendo como fazer a aproximação dos dois institutos (**publicidade e força de lei**), conforme pretendido por setores expressivos da doutrina constitucionalista nacional. Some-se que o texto literal alemão, invocado como paradigma de argumentação para sustentar a ocorrência de mutação constitucional, fala em **parte dispositiva da decisão** (§ 31, 2), coisa que, como vimos anteriormente, passa ao largo a interpretação dada ao art. 52, inciso X, da CF (**publicação** em jornal oficial), entendimento esse que, segundo Gilmar Mendes, permitiria a irradiação desejada dos efeitos contra todos, da decisão de inconstitucionalidade, independentemente mesmo da publicação da resolução pelo Senado Federal. Não é possível sustentar-se a mera **publicidade** como forma de **mutação constitucional** da suspensão da execução, tendo como parâmetro a publicação para fins da **força de lei** dos alemães, quando se admite a **eficácia transcendente dos fundamentos determinantes** de certas decisões e se argumenta ser indiferente que a resolução de suspensão da execução não seja publicada pelo Senado Federal. Tal implicaria **escavação indevida** do direito ao exercício da atribuição constitucional pelo Senado Federal, sendo que esta regra (art. 52, inc. X, CF) apóia-se e busca sua razão indicativa de direção no **princípio da separação dos Poderes** (arts. 2º e 60, § 4º, III, CF). Se a idéia que foi apropriada do direito alemão por *analogia legis* é o significado que tem a **força de lei** para os germânicos, esse instituto jurídico alienígena deveria informar suas características próprias quando da aplicação analógica no direito brasileiro – relevância da similitude entre dois objetos estudados e não das diferenças, valendo o aforisma romano: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde há a mesma razão da lei, deve-se aplicar a mesma disposição legal), o que não acontece na exegese sob comento.

A opinião de Inocêncio Mártires Coelho, de reserva em relação a alterações sub-reptícias ao texto constitucional, tem cabida aqui, quando se pretende a transformação da Constituição, justificando-se o papel do Senado Federal com interpretação que somente lógico-formalmente

²²⁴ **Art. 94. [Composição do tribunal constitucional federal] [...] (2) Uma lei federal regula a sua constituição e o procedimento e determina em que casos as suas decisões têm força de lei. Ela pode transformar o esgotamento anterior da via judicial em pressuposto para os recursos constitucionais e prever um procedimento de aceitação particular. Vide tradução de HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito****

satisfaz indagação inarredável para coerência do discurso hermenêutico no sistema de jurisdição constitucional difusa:

Destarte, e pelas mesmas razões, as tão criticadas **mutações constitucionais**, a que aludimos acima, poderão ser assimiladas como procedimentos heterônomos e abreviados de criação do direito, que, mediante interpretações atualizadoras levadas a cabo por tribunais a tanto legitimados, têm a virtude de regenerar o texto constitucional sem fazer apelo às revisões formais, que desgastam o prestígio da constituição. Por conseguinte, **desde que respeitem o sentido e o alcance do texto fundamental e não lhe introduzam alterações sub-reptícias**, essas mutações atualizadoras podem ser admitidas, quase diria aplaudidas, sem as costumeiras reservas e o tradicionais preconceitos dos formalistas de todos os matizes.²²⁵

No caso analisado, afastou-se da observância do sentido do texto fundamental e do respeito à função constitucional do Senado Federal, bem assim, houve introdução, à míngua de suporte legal, de instrumentos processuais conferindo **autoridade de imutabilidade** aos **motivos**, à **verdade dos fatos** estabelecida como **fundamento da sentença** (comando) ou revestindo questões prejudiciais com **força de coisa julgada material**, de forma inusitada em nosso Direito Constitucional e em confronto ao estabelecido pelos artigos 469, I a III, combinado com os artigos 458, II e III e 269, I e 468, todos do Código de Processo Civil.

De fato, não há como negar-se que, sob justificativa de garantir a **força normativa da Constituição**, assistimos a um movimento de transição, com forte ascensão do **direito de criação judicial** estabelecendo-se como **fonte do direito** em nossa ordem jurídico-constitucional²²⁶. Quando se comentou, com Kelsen, que a garantia da Constituição está diretamente ligada às **autoridades** com competência para decretar a expulsão das normas incompatíveis, obviamente, o Senado Federal, sem embargo das deficiências que se possa alegar quanto à qualidade dos eleitos para os mandatos políticos (princípio da representatividade parlamentar), por vontade do Poder Constituinte de 1988, foi plenamente mantido com sua **competência funcional privativa**²²⁷. Logo, queiramos ou não, a garantia da Constituição está ligada à parcela de competência e autoridade do Senado Federal. Uma espécie de função de **coordenação** entre os Poderes, como ocorria com a idéia primitiva da atuação da Câmara Alta, de equilíbrio político entre os órgãos, concebida ao

Comparado. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 137.

²²⁵ COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 63-64.

²²⁶ Vide, sobre um panorama do significado de **fontes do direito**, artigo doutrinário de HECK, Luís Afonso. As fontes do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 677, p. 59-81, mar. 1992.

²²⁷ De registrar-se que a “proposta Roberto Campos”, encaminhada quando da discussão a votação da EC nº 03/93, continha, no art. 1º, a sugestão de **supressão** do inciso X do art. 52 da atual Constituição, não sendo, contudo acolhida (Vide, mais detalhes em MENDES; MARTINS, **O Controle...**, p. 240 et seq.).

Conselho Federal, já em 1934. O primado do texto constitucional escrito (*constitutio scripta*), conforme Hesse, já dissemos antes, é o limite insuperável da atividade interpretativa.²²⁸ Trata-se de **norma de organização**, ligada à estrutura do “Como?” e do “Quem?”, no **sistema de competências** da Constituição, detém o **poder** de realizar o controle de normas no sistema difuso. A proposição normativa do artigo 52, inciso X, da CF, em sua literalidade, não é do tipo extrajurídico, fluido, fragmentário ou principiológico, para dar margem a densificações a cada momento. A rigor, o STF criou “**direito de situação**”, ao conferir **transcendência**²²⁹ à *ratio decidendi* no controle incidental de recurso extraordinário, sem *sedes materiae*, nem sequer existindo norma constitucional imanente nesse sentido (veremos que outro é o enfoque diante da **súmula vinculante**, art. 103-A, com redação da EC nº 45/2004, pois a vinculatividade transcendente parte do próprio texto constitucional de forma clara), quando o caminho correto seria a consulta à vontade atual dos participantes da vida Constitucional para realização de seus conteúdos. Nesse ímpeto, praticamente desconsiderou-se a utilidade da competência conferida pelo legislador constituinte ao Senado Federal, mais uma vez na história da estatalidade fundamental. Sempre haverá a possibilidade de um sujeito de direitos invocar a aplicação da regra constitucional, quando suportar prejuízo devido aos efeitos vinculantes e transcendentais da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, sem que tenha havido resolução suspensiva de sua execução pelo Senado Federal, buscando guarida, também, nos critérios normativos da **certeza jurídica e da proteção à confiança** como postulados essenciais ou partes dedutíveis do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, combinado com 52, X, ambos, da CF). Ambos os preceitos podem ser objeto de princípios em sentido contrário àqueles invocados pelo STF, quando dispensa a decisão do Senado Federal para conferir eficácia geral ao seu julgamento.²³⁰

²²⁸ HESSE, **Elementos...**, número de margem 77, p. 69.

²²⁹ Vide também, sobre os significados que o termo **transcendência** pode apresentar no texto, o subtópico **7.4 (Súmula Vinculante. Efeito Vinculante e Efeitos Transcendentes)**.

²³⁰ A **certeza jurídica** significa para o cidadão, em primeiro lugar, **proteção à confiança**, pois ele pode dispensar ao direito devidamente estatuído a segurança de poder planejar e calcular, a longo prazo, encontrando, assim, tranqüilidade para construir sobre a **estabilidade e calculabilidade** do direito. O cidadão deve **poder prever as possíveis intervenções estatais a ele opostas** e, em conformidade com isso, poder preparar-se, de maneira que sua atuação conforme o direito vigente, fique reconhecida pela ordem jurídica, com todas as conseqüências jurídicas iniciais vinculadas a isso. “Tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são partes constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do Princípio do Estado de Direito. Ambos têm índole constitucional e, assim, servem de critério normativo.” Confirma-se as observações de HECK, **O Tribunal...**, p. 186-187. Os dois postulados aqui citados e referência bibliográfica, sob o enfoque da **segurança jurídica** são novamente invocados infra, em outra circunstância, no item **8.1 Teoria da Nulidade Ab Initio dos Atos Inconstitucionais (“Void Ab Initio Theory”)**.

Registre-se a constatação, que chama a atenção para uma reflexão acerca das significativas transformações na ordem fundamental jurídica de nossa coletividade, com o propósito de incitar o aprofundamento do debate sobre da questão.

6.2.5 A Força de lei e o Efeito Vinculante nas Decisões do Supremo Tribunal Federal

Retomemos, neste tópico, com destaque ao ponto que demandou indagações, referido acima, da **extensão subjetiva e objetiva dos efeitos do acórdão** independentemente da **suspensão da execução** pelo Senado Federal, sua ampliação para ter **eficácia vinculante** em relação às situações jurídicas que se formaram durante a vigência do ato declarado inconstitucional e não somente o efeito paralisante ou derogatório do ato inquinado no caso concreto.²³¹

A coisa julgada não impede que o órgão legislativo volte a praticar inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo anterior.²³² Para evitar esse inconveniente, inexistente nos EUA, em virtude do princípio do *stare decisis et non quieta movere*,²³³ alguns países, como

²³¹ Vide RIO GRANDE DO SUL. AI 375011 AGR/RS, orientação para flexibilizar o **recurso extraordinário** quanto a seus requisitos, redefinindo-o para que tenha cada vez mais **caráter objetivo e efeito vinculante** de suas decisões plenárias para impedir a adoção de diferentes soluções em relação à decisão colegiada, valorizando a **última palavra do STF** em questões de direito.

²³² HESSE, **Elementos...**, número de margem 688, p. 500, nota 29: “Todavia, o § 31 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal e a força de coisa julgada das decisões judicial-constitucionais reprovadoras de normas não impedem o legislador de decidir uma nova regulação de conteúdo igual ou conteúdo semelhante: BVerfGE 77,84(103f).” Lembra HECK, **A nulificabilidade...**, citando Schlaich, que os dois Senados do Tribunal Constitucional Federal alemão divergiram em relação à coisa julgada e efeito vinculativo de decisões judicial-constitucionais reprovadoras de normas, no que concerne a **impedir** o “dador de leis” de votar uma nova lei de conteúdo igual ou semelhante àquela lei que foi reprovada. O **2º Senado** entende que há “**proibição de repetição de norma**”, baseando seu entendimento na decisão *BVerfG I, 14, (15)*, na proposição diretriz número 5, no sentido de que uma sentença que declara uma lei nula não tem só força de lei, mas também vincula com os “**fundamentos apoiadores**” todos os órgãos constitucionais da federação, de modo que uma lei federal do mesmo conteúdo não poderá ser promulgada mais uma vez. O **1º Senado**, ao contrário, entende que as decisões judicial-constitucionais reprovadoras de normas não impedem o “dador de leis” de votar uma regulação nova, de conteúdo igual ou semelhante. Schlaich inclina-se pela “nova tendência” do **1º Senado**, pois também o “dador de leis” toma parte na concretização da Constituição, um monopólio de interpretação sobre a constituição não cabe ao Tribunal Constitucional Federal. No Brasil, a eficácia contra todos e o efeito vinculante não submetem o legislador. Consulte-se o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99.

²³³ Não obstante, anota CAPPELLETTI, **Juízes...**, p. 221, nota 221, que a norma judicialmente criada, inaceitável, pode ser corrigida ou ab-rogada mediante ato legislativo e, no limite, por meio de revisão constitucional: “O prof. (agora deão) Choper, nota 177, supra, pág. 849, sublinha o fato de que o procedimento de revisão ‘foi empregado apenas quatro vezes na história americana, com vistas a prevalecer sobre decisões da Suprema Corte’. Mas, mesmo sendo verdadeiro que tão minguada utilização pode iluminar as dificuldades do procedimento, prova também a disponibilidade, como última ratio, do próprio procedimento.” SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal e a nova fisionomia do judiciário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, jul./set, 1985, p. 13-14: Pelo modelo americano, o instituto do *stare decisis*, que vincula os órgãos judiciais inferiores à jurisprudência das Cortes

Alemanha, Espanha e Portugal, conferiram às decisões dos Tribunais Constitucionais um *plus* em relação à coisa julgada. Os esforços da doutrina constitucional alemã para ampliar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, que tinha na **força de lei**, apenas os efeitos semelhantes ao de uma lei, mas não as **qualidades de lei**, em sentido formal e material, levou ao desenvolvimento do **instituto processual** destinado a dotar as decisões do Tribunal Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de **coisa julgada** e de **força de lei: o efeito vinculante**. Até os dias de hoje, esse instituto não encontra compreensão unívoca pela doutrina naquele País.²³⁴

A proteção da Constituição contra ameaças ou contra uma eliminação é garantia da realização do Direito Constitucional e de sua própria normatividade. Dessa forma, a garantia de proteção por uma instituição – tribunal – exige sua independência e que haja efetiva **vinculatividade jurídica** de suas decisões, daí a importância da colocação da abordagem do **efeito vinculante** em conexão com a **coisa julgada**. A extensão e os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material estariam afetas ao chamado Direito Processual Constitucional (terminologia referida por Heck – artigo no prelo mencionado na nota abaixo), sendo que, **subjetivamente**, a coisa julgada diz respeito aos sujeitos participantes, ou não, do procedimento de controle de normas. Para Luís Afonso Heck, com apoio em Sclaich, conforme o § 31, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, a coisa julgada das decisões do Tribunal Constitucional Federal **vincula** todos os órgãos estatais (nestes, incluem-se os órgãos constitucionais da federação e dos estados, os que tem o seu fundamento organizacional e fundacional na Constituição. Vale referir: Parlamento Federal, Conselho Federal, Assembléia Federal, Presidente Federal, Governo Federal (Chanceler Federal, Colégio e Ministros Federais), Comissão Comum e o Tribunal

superiores, mormente a orientações da *Supreme Court*, admite modificação da autoridade vinculante da decisão da Corte Suprema através dos recursos do *overruling* e do *distinguishing*. Vide MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9868, de 10.1.1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 257. A norma de *stare decisis* não é de modo algum absoluta e pode ser alterada, anotando Kelsen que não “está bem claro até que ponto sua validade é reconhecida. Acima de tudo, admite-se que ela não é válida no caso de interpretação da Constituição. ‘Questões constitucionais estão sempre abertas a exame.’” (KELSEN, *Jurisdição...*, p. 307). Assim é que se designou a Corte Suprema como “*una constituyente continua*” dada a possibilidade de “*revisión de hecho*” levada a cabo mediante decisões judiciais, onde modificações constitucionais ocorrem à margem do procedimento previsto para reforma (GARCÍA-PELAYO, *Derecho...*, p. 136). Sobre os sistemas jurídicos dominados pela regra do *stare decisis*, vide parte histórica, tópico 2.3 (Constituição de 1934).

²³⁴ MENDES, O papel..., p. 167, nota 22, abr./jun. 2004. Lembra Mauro Cappelletti, que o tema dos efeitos dos pronunciamentos sobre a legitimidade constitucional das leis comporta uma quantidade de complexos problemas, teóricos e práticos, como “o problema da eficácia da motivação dos pronunciamentos constitucionais (cfr. ENGELHARDT, op. ult.cit. p.137 s.)” (CAPPELLETTI, *O Controle...*, p.124). Ressalta Gilmar Ferreira Mendes que o Tribunal Constitucional Alemão considera que o **efeito vinculante** se estende aos **fundamentos determinantes da decisão** e não apenas, como em relação à coisa julgada e à força de lei, se limita à sua **parte dispositiva**, citando precedentes naquela Corte (MENDES, op. cit., p. 339, nota 119). Essa posição não corresponde ao entendimento do **1º Senado**, do Tribunal Constitucional Federal Alemão, referido por Luís Afonso Heck no subitem 6.2.5 **A Força de Lei e o Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal**, supracitado.

Constitucional Federal), assim como todos os tribunais e autoridades. Mas o **efeito vinculante** não se estende às **pessoas naturais e pessoas jurídicas** constituídas jurídico-privadamente (extensão subjetiva do efeito vinculativo). Afirma Luís Afonso Heck, ainda em referência a Schlaich, que: “Na extensão pessoal reside uma diferença para com a coisa julgada que, em geral, somente diz respeito às partes (inter partes). Se essa diferença esgota-se na mera extensão ou se a extensão altera qualitativamente a coisa julgada, é uma questão difícil. Mais adiante, diz que especialmente às decisões do controle normativo, cabe, mais além, um efeito vinculativo **inter omnes**. Essa vinculatividade universal resulta do § 31, alínea 2, da lei sobre o tribunal constitucional federal.” Nessa conexão do efeito vinculante com a coisa julgada, **objetivamente**, importa investigar-se a extensão ou quais os limites da vinculatividade dos efeitos da decisão, ou seja, se os **fundamentos apoiadores** que embasam a coisa julgada, invocados para a interpretação da matéria constitucional, também possuem **efeito vinculante**?²³⁵

Distingue-se nitidamente a **eficácia geral ou oponibilidade a todos (erga omnes) do efeito vinculante (Bindungswirkung)**, constante do § 31, 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão), porquanto, além de não coincidirem qualitativamente e na extensão subjetiva das decisões, a extensão objetiva do instituto do **efeito vinculante** assegura força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados **fundamentos determinantes**, ou **fundamentos apoiadores** como prefere Heck, conforme já mencionado alhures.²³⁶

²³⁵ Cf. HECK, **A Nulificabilidade...**, item 3. **Vinculatividade e 3.1 Efeito Vinculante**. Vide, também, neste trabalho, retro, item 5 (**A Forma Brasileira de Controle Normativo**). Acrescenta ainda Heck, citando como fonte Schlaich, com relação ao instituto da **força de lei** dos alemães, que: “O § 31, alínea 2, da lei sobre o tribunal constitucional federal efetua que a decisão judicial-constitucional sobre leis é vinculativa perante todos os cidadãos e não somente, como é o caso no § 31, alínea 1, da lei sobre o tribunal constitucional federal, perante os órgãos estatais. Nessa extensão pessoal do efeito vinculativo do § 31, alínea 1, da lei sobre o tribunal constitucional federal, a todos os cidadãos (inter omnes) reside o conteúdo regulativo do § 31, alínea 2, da lei sobre o tribunal constitucional federal – ao lado da obrigação para publicação no diário oficial [...]”.

²³⁶ Cf. CUNHA, **O Efeito...**, p. 152, há diferenças entre força de lei e efeito vinculante na Alemanha e em relação ao Brasil, quando refere-se ao art. 102, da CF: “A primeira diferença, implícita, é que na competência do Bundesverfassungsgericht – ao contrário do que acontece com a competência do Supremo Tribunal Federal – só se inclui matéria constitucional, nesses projetos a expressão “força de lei” (Gesetzeskraft) foi substituída pela locução “eficácia contra todos” (ou “oponibilidade contra todos”), o que não é a mesma coisa. Outra diferença é que, no texto germânico, não são todas as decisões que têm força de lei, mas somente aquelas especificamente mencionadas no inciso 2. Por fim, aquilo que no texto alemão se entende como “força de lei” (Gesetzeskraft) é algo substancialmente distinto do que nele se compreende como Bindungswirkung (efeito vinculante, ou talvez, melhor traduzindo, eficácia vinculante); mas, nos projetos que ora examinamos, a eficácia erga omnes soma-se ao “efeito vinculante” para produzir a “força de lei”. O que o autor refere como projeto deve ser entendido como a previsão constitucional dos institutos no art. 102, § 2º, da CF.

O STF, em recente Reclamação 2617 (Agr.MG), cujas transcrições foram veiculadas no Informativo 377, de 2005, da relatoria do Min. Cezar Peluso, deixou claro que a **eficácia contra todos** e o **efeito vinculante** das suas decisões de mérito, arts. 102, § 2º, da CF e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, **não se estendem ao legislador**, pois não impede que a União, Estados e Municípios, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos impugnados, “especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade.”(Recl. 467, 9.12.94), descabendo

O atual Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, em estudo incorporado às justificações da EC nº 3/93, envolvendo os contornos da ADC (art. 102, § 2º, CF), sustenta que o instituto processual do **efeito vinculante** foi desenvolvido porque a **força de lei** (efeitos semelhantes a uma lei, mas não sendo considerada a decisão uma lei em sentido formal e material) e a **coisa julgada**, qualidades contidas numa decisão da Corte Constitucional, não eram suficientes, surgindo, assim, esse *plus*, consulte-se:

Além de conferir **eficácia erga omnes** às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de **efeito vinculante** em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados **fundamentos** ou **motivos determinantes** (tragende Gründe). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in: Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht), 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia seja **inter partes** ou **erga omnes**) [...]²³⁷

De destacar, a existência de outras correntes doutrinárias, na Alemanha, sustentando que o efeito vinculante limita-se à **parte dispositiva da decisão**, assim como acontece com a coisa julgada, não havendo propriamente distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante. Prevaleceu, contudo, o entendimento de que a **coisa julgada** e a **força de lei** não de se limitar à parte dispositiva da decisão, porém, o Tribunal Constitucional Alemão sustenta que “o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.”²³⁸ O entendimento de que a limitação objetiva do efeito vinculante restringe-se à parte dispositiva da decisão, tornaria de todo despiciendo

reclamação para tal fim. Em contrapartida, o **caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes** de decisão do STF, aplicados em um *leading case* podem ser aplicados como precedentes fixados para **situações idênticas ou hipóteses semelhantes, até mesmo no controle de constitucionalidade de leis municipais**, sendo que a tese fixada em precedentes tem aplicação em **sede de controle difuso**, objeto de recurso extraordinário, de forma monocrática com base no art. 557, § 1º -A, cabendo **reclamação** para assegurar o respeito à **eficácia vinculante** de decisão de plenário, quando não respeitada por quaisquer juízes ou Tribunais.

²³⁷ Consulte-se o artigo MENDES, O efeito... Vide, também, MENDES, O papel..., p. 167. Ainda, MENDES; MARTINS, **Controle...**, p.245-246.

²³⁸ Cf. *Ibidem*, p. 339, nota 119, onde cita os posicionamentos de Maunz e Norbert Wischermann.

esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei.²³⁹

Oportuno, a esse respeito, conferir a opinião da doutrina alemã, merecendo referência a autoridade de Klaus Schlaich, que ressalta uma tendência ao exagero em fazer cânones as proposições de fundamentos do Tribunal Constitucional:

Nach § 31 I BVerfGG binden die „Entscheidungen des BVerfG. Der Wortlaut der Norm formuliert also eine Bindung an die Aussage des Gerichts im Entscheidungsausspruch (Tenor), der gegebenenfalls mit Hilfe der Gründe des Urteils zu interpretieren ist, wie dies auch sonst bei der Bestimmung der Reichweite der Rechtskraft der Fall ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG binden aber auch die **‘tragenden Gründe’** der Entscheidung, soweit sie Ausführungen zur Auslegung der Verfassung enthalten. [...]

[...] In der Literatur gibt es Stimmen, die eine solche „Sonderstellung des BVerfG als dem zur verbindlichen Verfassungsinterpretation berufenen Verfassungsorgan“ akzeptieren und dem Gericht schließlich sogar die Teilhabe an der Verfassungsgesetzgebung zusprechen. [...]

Die Auffassung von der Bindung der „tragenden Gründe der Entscheidungen des BVerfG wird **zunehmend kritisiert**. Die Relevanz der Kontroverse wird darin deutlich, daß gerade diese weite Bindungswirkung als „eines der wichtigsten Merkmale, das verfassungsgerichtliche Erkenntnisse von denen anderer Gerichte unterscheidet, bezeichnet wurde. Mit der berechtigten und notwendigen Kritik ist nicht gelegnet, daß es die eigentliche Aufgabe des BVerfG ist, Rechtsfragen von grundsätzlicher verfassungsgerichtlicher Bedeutung zu behandeln und vorwärtszubringen. Aber daraus darf nicht eine **Kanonisierung von Sätzen des Gerichts** in den Gründen seiner Urteile – i. S. einer gesetzlichen Bindung aller Staatsorgane an solche Sätze in den Gründen – abgeleitet werden:

Segundo o § 31, I, da lei sobre o tribunal constitucional federal, as decisões do tribunal constitucional federal vinculam. O texto da norma formula, portanto, uma vinculação na declaração do tribunal no dispositivo da decisão (dispositivo) que, dado o caso, deve ser interpretado com auxílio dos fundamentos da sentença, com isso, também em outras ocasiões, é o caso na determinação do alcance da coisa julgada. Segundo a jurisprudência constante do tribunal constitucional federal, porém, também vinculam os **fundamentos apoiadores** da decisão, à medida que eles contêm as exposições para a interpretação da constituição [...]

[...] Na literatura existem vozes que aceitam uma tal posição particular do tribunal constitucional federal como o órgão constitucional chamado à interpretação constitucional vinculativa” e conferem ao tribunal, finalmente, até o ter parte na dação de lei constitucional. [...]

A concepção da vinculação dos fundamentos apoiadores das decisões do tribunal constitucional federal é **criticada progressivamente**. A relevância da controvérsia torna-se clara nisto, que justamente esse efeito vinculativo amplo foi designado como „uma das características mais importantes que distingue conhecimentos judicial-constitucionais dos outros tribunais. Com a crítica autorizada e necessária não é negado que a verdadeira tarefa do tribunal constitucional federal é tratar e adiantar questões jurídicas de significado júdico-constitucional fundamental. Mas disso não deve ser derivada uma **canonização de proposições do tribunal** nos fundamentos de suas sentenças – no sentido de uma

²³⁹ Cf. MENDES; MARTINS, *Controle...*, p. 339-341, nota 121 e 130.

vinculação legal de todos os órgãos estatais e tais proposições nos fundamentos [...].²⁴⁰ (A tradução é do Professor Luís Afonso Heck).

Sem embargo dessa discussão, entre nós, o STF já decidiu que o efeito vinculante não se limita somente à parte dispositiva da decisão, abrangendo, também, os *Tragende Gründe* ou **fundamentos determinantes**, hipótese em que os fundamentos que embasaram a decisão transcenderiam o caso singular, objeto da ação, projetando-se para vincular outras situações análogas que venham surgir no futuro.²⁴¹

²⁴⁰ SCHLAICH, Dr. Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen** Ein Studienbuch. 6. ed. München: C.H.Beck München, [s.d.], p. 325, n. 473; p. 326-327, n.475.

²⁴¹ A conclusão em relação à posição do STF deve-se aos reiterados julgados onde aquela Corte, em sede de controle difuso, impõe a **eficácia irradiante dos fundamentos determinantes dos julgamentos de seu plenário**, como aconteceu, com grande repercussão, na fixação da proporcionalidade dos vereadores que compõem as Câmaras Municipais de todo o Brasil. A decisão do STF fez com que o TSE baixasse resolução com força de lei para disciplinar a questão do número de vereadores após o julgamento do RE 197.917/SP, de 24.3.2004, cuja ementa é a seguinte: **“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGIO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE ‘INCIDENTER TANTUM’, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1.** O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. **2.** Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. **3.** Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. **4.** Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação da norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. **5.** Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). **6.** Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). **7.** Inconstitucionalidade ‘incidenter tantum’, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2.600 habitantes somente comporta 09 representantes. **8.** Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ‘ex tunc’, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e, em parte, provido.” Ver ADIn 3345/DF e ADIn 3365/DF, rel. Min. Celso de Mello, 25.8.2005. No caso da **Reclamação 2.986 MC/SE**, que cuidava de uma Lei Estadual do Estado de Sergipe, a qual fixava valor referencial inferior ao do art. 87, do ADCT, com a redação dada pela EC 37/2002, acerca do significado de obrigação de pequeno valor, prevista no art. 100, § 3º, da CF, sendo que esse valor inferior foi desconsiderado por ato do Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju, que entendia não poder ser fixado em patamar inferior ao constante do ADCT o valor da obrigação de pequeno valor (quarenta salários mínimos para os Estados e vinte, para os municípios). O STF, quando do julgamento da **ADIn 2.868/PI**, rel. Min. Joaquim Barbosa (*leading case*) reconheceu como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e de conseqüente dispensa de expedição de precatório, a possibilidade de fixação, pelos Estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT (quarenta salários-mínimos), o que foi recusado por órgão judiciário reclamado. Consta, o que aqui nos interessa, para fixar a posição do STF de que os **fundamentos da decisão integram o efeito vinculante**, o trecho seguinte, sem embargo de tratar de caso em

A orientação do STF rompe com a tradição processualística nos processos onde são discutidas relações intersubjetivas, porque o art. 469, I, do CPC exclui da autoridade e efeitos da coisa julgada, os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a questão prejudicial decidida incidentalmente ao processo (art. 469, inciso III). Ora, a questão prejudicial incidental julgada pelo plenário, agora, expande-se vinculativa e obrigatoriamente para além das partes litigantes no recurso individual. Na contramão, mesmo, dos termos do art. 28, *caput*, da Lei nº 9.868/99 (Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União **a parte dispositiva do acórdão**). Na medida em que a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença (art. 469, II, CPC), ou seja, a declaração das concepções jurídicas no campo do Direito Constitucional, constituem-se em fundamentos sustentadores vinculando não somente os poderes públicos, mas inclusive os parlamentares e os juízes dos tribunais, o STF transforma-se em **intérprete autêntico da constituição** e isso é digno de preocupação, porque somente o legislador constitucional positivo pode realizar interpretação autêntica, flagrando-se, aqui, o abandono do plano do direito positivo para passar-se ao plano da política legislativa.

A propósito do tema, vale importante esclarecimento dos conceitos fornecidos por Luís Afonso Heck, apresentando enfoque mais claro e útil quanto a essas categorias jurídicas, advertindo

controle direto e abstrato de constitucionalidade: “Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da transcendência dos motivos que embasaram a decisão proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria **ratio decidendi**, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento ‘in abstracto’, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de MENDES; MARTINS, **O controle...**, p. 338-345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6. MORAES, **Constituição do Brasil...**, p. 2.405-2.406, item n. 27.5.” Ainda, como exemplo de que o STF não limita o efeito vinculante somente à parte dispositiva da decisão, a **Reclamação nº 2.363-PA**, do município de Capitão Poço, no Pará, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes, em 23.10.2003: “RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente.” Ver, também, Rcl 2126, DJ de 19.08.2002. Em julgamento mais recente, o STF, embora negando que se estivesse emprestando **eficácia transcendente ou efeito vinculante dos fundamentos determinantes** (“*transcendência dos motivos determinantes*”), alegando tratar-se de **poder insito à própria competência do Tribunal**, admitiu da **declaração incidental de inconstitucionalidade** (ou de sua constitucionalidade, conforme o caso!) em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle abstrato de constitucionalidade no STF, mas que ainda não foi atingida pelo **juízo de inconstitucionalidade**, admitiu

não se dever confundir o tema de relevada importância da **competência para exame e rejeição** dos atos inconstitucionais, com a extensão dos **efeitos das decisões** oriundas do controle normativo:

[...] **efeito vinculativo** não é uma questão de qualidade, mas de grau, ou seja, uma decisão pode ter até três graus de vinculatividade em seu efeito: **inter partes** (vincula somente as partes), **erga omnes** (vincula, além das partes, também todos os cidadãos) e **força de lei** (vincula as partes, todos os cidadãos e, ainda, todos os Poderes Públicos). Ver para isso também o art. 28, par.ún., da Lei 9.868, de 10.11.1999, e o art. 10, § 3º, da Lei 9.882, de 03.12.1999.²⁴²

Recentemente, em artigo que está no prelo, Luís Afonso Heck explicita melhor a questão dos **limites subjetivos do efeito vinculante**, em relação à força de lei, à coisa julgada e ao que antes havia escrito no artigo da RT 800/62, citado acima:

[...] Klein vê isso diferente: de uma extensão do efeito vinculativo do § 31, alínea 1, da lei sobre o tribunal constitucional federal, pela **força de lei** a privados é incorreto se **efeito vinculativo** quer dizer qualitativamente algo diferente que efeito de coisa julgada, que corresponde à opinião do tribunal constitucional federal, sem dúvida, extremamente debatida, mas considerada correta (por Klein). Por isso é mais conveniente associar a **força de lei** à coisa julgada e não ao **efeito vinculativo** (Ver Klein, S. 542 f., Rn. 1314). Em outro lugar diz: “como a vinculatividade somente diz respeito ao dispositivo da decisão, segundo a matéria, portanto, é idêntico com a coisa julgada material, significa **força de lei**, por isso, a **extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a todos** (*erga omnes*) (Klein, S. 542, Rn 1313). Nesse sentido se pode dizer que o **limite subjetivo da coisa julgada** é: *inter partes* e *erga omnes*, por um lado e, por outro, que a **extensão subjetiva do efeito vinculativo** é: *inter partes*, *inter omnes* e *erga omnes*. O último indica para o entendimento do apresentado na Heck, RT. Página 63, nota 10: **força de lei** lá corresponde ao *erga omnes* aqui, e *erga omnes* lá corresponde ao *inter omnes* aqui. A tentativa lá foi apresentar a idéia aqui exposta no último, ou seja, a **extensão subjetiva do efeito vinculante**. Outra questão é a **extensão objetiva do efeito vinculativo**, isto é, ela pode estender-se: ao dispositivo da decisão, aos fundamentos da decisão (*ratio decidendi*) e aos fundamentos apoiadores. O curso das idéias, no que diz respeito ao apresentado aqui, e nas

²⁴² HECK, O controle..., p. 62-63. Vale conferir o que Luís Afonso Heck expende sobre a possibilidade de o tribunal constitucional transformar-se em **intérprete autêntico da Constituição**, vinculando todos os órgãos estatais aos fundamentos que sustentam suas decisões, invocando a opinião de Schlaich: “[...] „Na averiguação daquilo que o tribunal constitucional quer considerar como determinante, cabe às **proposições diretrizes** da decisão importância particular, que são formuladas e publicadas pelo próprio tribunal. Delas resulta que o tribunal considera como **núcleo de sua decisão e quer dotar com efeito vinculativo**.” A isso objeta Schlaich, questionando: „Deve o tribunal constitucional federal ter na mão, por formulação de **proposições diretrizes**, às quais **ele não está obrigado e sobre o que não existe nenhuma regulação formular** proposições que **vinculam materialmente** como direito constitucional?”

Segundo, argumenta Schlaich, tem algo de contraditório em si: não se cansa de falar da abertura justamente do direito constitucional e de uma compreensão constitucional dinâmica, mas não se recusa mais decididamente compreender jurisprudência constitucional como interpretação vinculativa no plano da constituição, porque por meio dela o direito constitucional iria com cada decisão do tribunal constitucional ser cimentado adicionalmente – sob a reserva de uma modificação da jurisprudência pelo próprio tribunal. Terceiro: a **canonização dos fundamentos apoiadores** retira do tribunal constitucional federal também um elixir da vida de uma jurisdição suprema: tribunais inferiores apresentadores de objeção, fazedores de linha de combate, portanto, a disputa com eles, como os tribunais revisores a tem. O tribunal constitucional federal, com isso, privou-se mesmo amplamente da possibilidade de auto-revisão com base em argumentos periciais de órgãos estatais e judiciais participantes da vida constitucional.” (os grifos são nossos - as observações constam no artigo ainda não publicado: HECK, **A nulificabilidade...**, item 3. **Vinculatividade** e 3.3 **Fundamentos apoiadores: vinculam também segundo o § 31, alínea 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal?**)

notas 54 e 68, supra, desenvolvido na RTJ 193, 2, página 516 e seguintes, na RTJ 189, 3, página 1025 e na RTJ 190, 1, página 230 e seguinte, não é clara. Nesse lugar isso não pode ser perseguido mais além. Finalmente, Schlaich acha que a formulação da „força de lei” mostra-se como uma „palavra vazia”. Ela hoje „não” tem „mais sentido”. A ela, porém, coube uma vez um sentido (mesma obra. S.332, Rd. 485, em aspas no original). Nesse sentido trabalha, para a sua história, nessa página e nas seguintes, o federalismo e o sistema constitucional.²⁴³ (grifamos).

Embora nossa doutrina constitucional e, mormente a jurisprudência do STF sobre controle de constitucionalidade, venham externando posicionamento favorável à vinculatividade aos demais processos individuais, das decisões prolatadas pelo Plenário do STF, no controle de normas (difuso) de litígios particulares (medidas cautelares, recursos de competência originária, art. 102, I, CF; recursos ordinários, art. 102, II, CF e recursos extraordinários, art. 102, III, CF), extraindo o mesmo alcance dado à medida liminar deferida na ADIn ou ADC (art. 102, § 2º, CF), independentemente do pronunciamento do órgão legislativo (Senado Federal) através de resoluções, é fora de dúvida a ausência de direito legislado específico atribuindo **efeito vinculante** à decisão incidental do STF. Existe, é certo, a previsão infraconstitucional do artigo 481, parágrafo único, do CPC, mas não explicita, no texto, aquele instituto jurídico (**efeito vinculante**) e sua aplicação depende da interposição de recurso com regular admissibilidade, contra a decisão de primeira instância, caso contrário, não há como efetivar a imposição do entendimento do STF. E o artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 refere-se aos processos objetivos no controle concentrado de normas (abstrato e principal). Com isso, estar-se-ia trilhando matéria de **competência jurisdicional**, porque, assim como não existe regra prévia para disciplinar e compelir a atuação do Senado Federal a baixar ou recusar resolução, como referido supra, também não foi através da modificação do texto da Constituição que se obteve a dispensa da execução das normas no controle difuso, sem a intervenção do Senado Federal, mas sim por pura **criação normativa do direito judicial**.

Mister o registro de que os destinatários das normas constitucionais, diante da prática adotada, *de lege ferenda*, pelo STF, produto exclusivo de sua interpretação constitucional, experimentam a incerteza de como saber, por exemplo, o critério utilizado para se alcançar que este ou aquele julgamento particular reveste-se de **efeitos transcendentais**? Quando e em que momento processual o exame da *ratio decidendi*²⁴⁴ será feito? Caberá somente ao STF esse exercício de

²⁴³ Cf. HECK, A nulificabilidade..., item 3. Vinculatividade e 3.4 A Força de Lei nas Decisões do Tribunal Constitucional Federal segundo o § 31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. A explicitação consta na nota de pé de página número 85.

²⁴⁴ As observações de SOARES, Common..., p 42, auxiliam esclarecer o significado da expressão *ratio decidendi*, objeto de exame, oriunda do sistema de Common Law: “A autoridade (**authority**), ou melhor dito, a força de impor-se a futuros casos dos **case laws**, segundo a doutrina, pode ser dividida em duas classes: a) **persuasive**, em geral de decisões de cortes de jurisdição paralela (mesma jurisdição de outros Estados) ou de votos vencidos ou

aplicação da jurisdição constitucional (transcendência dos fundamentos)? Ou instâncias judiciais inferiores podem inovar na técnica, também, já que detêm o poder de exame e reprovação de atos normativos? Quais os requisitos que deve ter a *ratio decidendi* ou a *verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença*? Na Alemanha, depois de uma jurisprudência de 50 anos, ainda não ficou claro quais fundamentos de uma decisão verdadeiramente devem ser considerados **fundamentos apoiadores**. Os chamados *obter dicta* não são vinculativos, mas quais *dicta* são **apoiadores**? Quais os critérios serão utilizados para controlabilidade do amplo subjetivismo dos julgadores constitucionais, na análise do material cognitivo que terá força da coisa julgada, vinculando todos os órgãos jurisdicionais e autoridades públicas? Como sistematizá-los, inclusive para fins de manejar **reclamação** contra seu descumprimento? Quais os parâmetros para se considerar esta ou aquela *ratio decidendi* com capacidade de transcendência? Existe, de fato, total liberdade para o STF qualificar qualquer exposição como fundamento apoiador? Quando será caso de *violação ao conteúdo essencial* do acórdão?²⁴⁵ O que significa **transgressão aos efeitos**

minoritários da mesma corte ou de cortes superiores, e a determinados assuntos (p.ex.: as cortes de Delaware, especializadas em **corporations** e direitos de arena, ou as de Nova York, especializadas em comércio exterior), quando invocadas em outros Estados; b) **binding authority**, as decisões das cortes superiores de mesma jurisdição ou as decisões da mesma corte; repita-se que uma única decisão pode constituir-se em **precedent** (portanto, em oposição ao nosso sistema, em que, pelo menos, para considerar-se jurisprudência firme, em geral, se exige um número razoável de decisões no mesmo sentido).

Nas **decisions** que criam precedentes, na Common Law dos EUA, é necessário distinguir o que é um **holding** (na Inglaterra: **ratio decidendi**) de um **dictum** (proveniente da expressão **obter dictum**). **Holding** é o que foi discutido e argüido perante o juiz e para cuja solução foi necessário “fazer” (criar/descobrir) a norma jurídica; aos quais a norma jurídica está ligada; **dictum** é tudo que se afirma na decision, mas que não é decisivo para o deslinde da questão e, embora seja meramente **persuasive**, tem importância suasória para as cortes subordinadas e para o advogado, no aconselhamento de seus clientes.”

²⁴⁵ Ver Reclamação nº 2986, rel. Min. Celso de Mello. Toda essa questão da definição do que seja a *ratio decidendi* e da escolha do método mais eficaz para identificá-la no bojo de um precedente judicial, uma das mais controvertidas na doutrina do *stare decisis*, foi abordada em trabalho de SOUZA, **Do precedente...**, p. 125 et seq.), onde lembra que a atitude dos tribunais ingleses e americanos no que diz respeito ao conceito e determinação do que seja *ratio decidendi* de um caso não tem sido uniforme, lembrando a propósito do julgado com várias *rationes decidendi* que: “A pesar da opinião em contrário de Lord Denning, que defende, em caso de a Court of Appeal haver decidido com base em mais de uma ratio não estar o tribunal, em caso posterior, obrigado por todas elas, senão que pode optar por afastar uma determinada ratio, a opinião amplamente dominante é de que todas as rationes obrigam, não podendo o tribunal, em caso posterior, escolher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra (s) à qualidade de dictum. Nesse sentido, cita Ingman a decisão da House of Lords em Jacobs v. London County Council [1950] AC 361.

A segunda hipótese, que é um dos maiores problemas para a determinação da ratio decidendi de um caso, ocorre quando, numa corte composta por vários juizes (Divisional Court da High Court, Court of Appeal e House of Lords), a pesar de se chegar a um determinado resultado, juizes diversos dão razões diversas para seus julgamentos. Um exemplo gritante disso, trazido por Cracknell, é a decisão da House of Lords em Boys v. Chaplin [1971] AC 356, onde houve cinco diferentes linhas de raciocínio para a decisão (embora a maioria houvesse concordado em muitos pontos e, sobretudo, na conclusão do caso).

A pesar de não haver uma doutrina completamente definida quanto a essa segunda hipótese, o entendimento mais freqüente é no sentido de que nesses casos, falta ratio decidendi discernível e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro. Pelo menos foi essa a decisão da Court of Appeal em Harper v. National Coal Board (Intended Action) [1974] QB 614. Nela, considerou-se sem ratio decidendi a decisão da House of Lords em Central Asbestos Co. Ltd. V. Dodd [1973] AC 518, na qual juizes diversos tinham dado razões diversas para seus julgamentos, a pesar do resultado comum alcançado.”(Ibidem, p. 138). Vide, também, item 7 (**Súmula Vinculante**).

transcendentes dos fundamentos determinantes? Um novo requisito para os recursos extraordinários? Uma nova modalidade de ação ou recurso constitucional? E com a adoção da **súmula vinculante**, art. 103-A, da CF, com a redação da EC n° 45/04, que faz depender as **reiteradas decisões sobre matéria constitucional**, que serão racionalizadas vinculativamente por um único enunciado sumular, a ser editado **na forma estabelecida em lei**, não estaria o STF exorbitando com a adoção dessas práticas jurisprudenciais, trilhando terreno disciplinado pela CF, quando nem mesmo houve edição de lei infraconstitucional? Essas indagações são lançadas com o único intuito de evidenciar a transformação pela qual se submete o controle difuso de normas, bem assim, a falta de pesquisa científica ou conhecimento analítico para fornecer respostas a essa temática – explicação causal e predição de acontecimentos futuros - na forma como hoje está normativamente delineado no Brasil.

No julgamento do HC 82959-SP, o Plenário do STF, revisando posicionamento pretoriano pacífico, passou a considerar como **inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90**, que vedava a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos. Fulcrando-se nos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia, o Min. Gilmar Mendes, em voto de vista, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, com eficácia **ex nunc**, salientando a **incidência do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 também no controle incidental**, cabendo, para o estudo que estamos desenvolvendo, transcrever o entendimento de que é permitido **declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, com eficácia restrita** (note-se que não há como o Senado Federal suspender a execução de lei nesse tipo de decisão!), posição essa majoritária no STF:

Embora a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso.

Ressalte-se que não estou a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Cuida-se aqui tão-somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade.

[...]

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalta-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

[...]

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. [...]

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, **a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.**

[...]

Nesses termos, resta evidente que **a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo**, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena.²⁴⁶ (Grifamos).

Observe-se que a Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, causas objetivas e abstratas, não havendo, como dito acima, qualquer dispositivo estendendo sua aplicação às situações individuais subjetivas do controle concreto e difuso de normas. Mais recentemente o STF admitiu o instrumento da **reclamação** para assegurar eficácia *erga omnes* à decisão por ele proferida, em sede de controle difuso, no HC 82959-SP, supracitado, sob a justificativa de que a amplitude de legitimados ao controle abstrato na Constituição de 1988, restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, estando ultrapassadas a concepção de separação de poderes que inspirou a suspensão da execução por ato do Senado, assim como a exigência de maioria absoluta do plenário para declarar a inconstitucionalidade.²⁴⁷ Embora a decisão tenha recebido eficácia transcendente para vincular outros julgamentos no controle difuso, deve-se salientar que a Súmula nº 698, do STF (Não se estende aos demais **crimes hediondos** a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura), não foi revogada pelo rito previsto no art. 102, § 1º, do RISTF. Com o advento da EC nº 45/2004, não está afastada a possibilidade dessa súmula transformar-se em **súmula vinculante**, bastando, para isso, que o STF mude de composição ou de entendimento e a ratifique por maioria qualificada de 2/3 de seus integrantes (art. 8º). Houvesse a suspensão da execução pelo Senado do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos e esse problema não se colocaria. Mas o Ministro em comento já declinou seu posicionamento de que as razões de o artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, que sucedeu o art. 42, VII, da Constituição outorgada pelos militares em 1969, ainda permanecer positivado em nossa Constituição, são somente de ordem **histórica**.²⁴⁸

²⁴⁶ BRASIL. HC 82.959-7-SP. Relator: Min. Marco Aurélio. O texto do art. 27, da Lei 9.868/99 é o seguinte: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

²⁴⁷ BRASIL. Reclamação nº 4.335/AC. Relator: Min. Gilmar Mendes. 1º fev. 2007. **Informativo do STF** nº 454.

²⁴⁸ Cf. MENDES, O controle... p.31. Perfilhando o mesmo entendimento, aduzindo que a competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um **anacronismo**, consulte-se a opinião de BARROSO, **O controle...**, p. 111; que não apresenta qualquer justificativa, teórica ou prática, sendo mantida a competência do Senado **atavicamente** e gerando permanente **tensão dialética** entre o sistema de controle difuso-incidental e o sistema de controle concentrado-abstrato, ver opinião de BINENBOJM, **A nova...**, p. 127, nota n. 264.

Praticamente desconsiderando a função da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado Federal, tornando-a mesmo **dispensável** diante da **força vinculante** da decisão acerca da inconstitucionalidade (art. 102, § 2º, da CF), o magistrado Teori Albino Zavascki, justifica que uma sentença com eficácia *erga omnes*, sem imposição de obrigatório cumprimento da decisão pelos órgãos jurisdicionais e autoridades administrativas encarregadas de aplicar a lei, seria decisão sem autoridade alguma, incoerente e inútil na prática, não passando de mera consulta ao STF.²⁴⁹

De registrar que a posição “estrepitosa” e expansiva dessa interpretação sofre pela marca da incoerência. Se assim deve ser considerada a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente, por que razão não se adota o mesmo critério para vincular, com eficácia *erga omnes*, também as decisões incidentais de afirmam a **constitucionalidade**? Se os efeitos da decisão na ADIn e na ADC são os mesmos, para a mesma razão de decidir deveria existir a mesma solução. O presente trabalho dedica atenção especial a esse comportamento da jurisprudência do STF, como forma de reflexão do momento que atravessa nosso sistema de jurisdição constitucional, com o que voltaremos a esse tema adiante, quando tratarmos da súmula vinculante (item 7).

Certo que a amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao STF, **cumprindo o controle de normas dupla função** entre nós: instrumento de defesa da **ordem objetiva democrática** e estatal-jurídica da coletividade e instrumento de defesa de **posições subjetivas**.²⁵⁰ Existe, pois, uma tendência na jurisprudência

²⁴⁹ ZAVASCKI, **Eficácia...**, p. 54.

²⁵⁰ Ao tratar do significado constitutivo dos **direitos fundamentais**, o Professor Luís Afonso Heck, discorrendo sobre a tarefa e a função daqueles direitos, ensina que eles garantem não só direitos subjetivos do particular, mas também princípios fundamentais objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática, bases do estado e de sua ordem jurídica por ele constituída, acrescentando que: “Nesse caráter duplo os direitos fundamentais mostram camadas de significado distintas que cada vez condicionam, protegem e completam reciprocamente. Direitos fundamentais produzem efeito legitimador, criador e mantenedor de consenso; eles asseguram liberdade individual e limitam poder estatal [...] e cumprem, nisso, em uma parte essencial, a função de integração, de organização e de orientação jurídica da constituição.” Discorrendo sobre o **recurso constitucional alemão**, Heck salienta a função subjetiva e objetiva desse recurso, onde o direito constitucional, sua interpretação e desenvolvimento, bem assim sua validade na vida jurídica, são resgatados a partir de um controle do singular, HECK, Luis Afonso. Direitos fundamentais: o preceito da proporcionalidade e o recurso constitucional alemão. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 159. Devem ser acentuadas, no estudo das funções e no esforço para sistematização dos direitos fundamentais, as dimensões subjetiva e objetiva desses direitos. Acentua o **caráter duplo dos direitos fundamentais**, Konrad Hesse, onde, por um lado, são **direitos subjetivos**, direitos do particular e não somente direitos do homem e do cidadão no sentido restrito (ex. igualdade perante a lei, liberdade de crença, de expressão, etc), mas também garantem um **instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida** (ex. matrimônio e a família) e, por outro, são **elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade**. O controle judicial serve não somente à proteção jurídica individual – realização dos direitos fundamentais como **direitos de defesa subjetivos** -, mas a sua proteção como partes integrantes da ordem jurídica total da coletividade, a qual organiza o *status* do particular, delimitando, protegendo e realizando sua atualização como direitos subjetivos da realidade vivida (HECK, **Elementos...**, números de margem 279, 293, 334 e 335, 381 e 382, respectivamente nas páginas 228,240,268-9,298-9). Para Hesse, os direitos fundamentais possuem *status jurídico-constitucional*

constitucional de empregar ao controle difuso as características das decisões no processo de controle abstrato, as quais fazem coisa julgada, são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 102, § 2º CF e RISTF, art. 175, c/c 178).²⁵¹

material que pode ser concretamente determinado e não está ilimitadamente disponível tanto ao particular quanto aos poderes estatais. Entretanto faz distinção do **status jurídico-constitucional** fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais, do *status jurídico-fundamental* da doutrina ou “**Teoria dos quatro Status**” em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, de Georg Jellinek, ainda hoje perseguida, porque o *status negativus*, no qual Jellinek atribui, no essencial, os direitos fundamentais, é um meramente formal, secundário diante da forma básica do *status subjectionis*, tendo em vista o indivíduo abstrato como titular de direitos e deveres, não, porém, o cidadão na sua realidade vivida. A Teoria dos quatro *Status* serviu de ponto de partida para outros desenvolvimentos doutrinários. ALEXY, **Teoría...**, p. 247 et seq., elucida aquela doutrina onde o indivíduo é qualificado frente ao Estado, daí extraindo-se um feixe de posições de diferente conteúdo e diferente estrutura, distinguidas em quatro: *status subjectionis ou passivo*: onde o indivíduo possui deveres para com o Estado, subordinação, vinculando-se a mandamentos e proibições; *status libertatis ou negativo*: onde o homem, dotado de personalidade, desfruta de um espaço de liberdade, de atuação livre das ingerências ou do império do Estado, inexistindo determinações ou proibições, porque os atos compreendidos nessa liberdade são irrelevantes para o Estado (não-impedimento da prática de determinado ato; não intervenção em situações subjetivas e não-eliminação de posições jurídicas). O dever do Estado de reconhecer esse *status e a* contrapartida para a pretensão do cidadão contida no seu direito de defesa é o seu *status civitatis ou positivo*: onde o indivíduo possui capacidade jurídica para reclamar positivamente para si a utilização de instituições do poder estatal, pretensões potestativas (Ibidem, p. 256). O quarto é o *status activus*, que complementa o quadro dos direitos a prestações positivas, onde o indivíduo desfruta de competência para influir na formação da vontade do Estado, exercício de direitos políticos, como direito ao voto. Essa teoria sofreu depurações ao longo do tempo, mas dessa concepção tradicional surgiram as espécies de direitos fundamentais mais freqüentemente assinaladas, como os **direitos de defesa** para proteção de direitos subjetivos, **direitos a prestação de índole positiva (direitos cívicos)**, que tanto podem ser direito a **prestações fáticas de índole positiva**, quanto **prestações normativas de índole positiva**, acrescendo-se a essas espécies, os **direitos de participação**. Ver MENDES, **Direitos fundamentais...**, p. 33 e estudo de BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 140. Acresce-se a essas observações, as constantes em notas no item **3. (Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional)**, supra, para onde se remete o leitor.

²⁵¹ Vide Informativo STF nº 365/2004: “Ausência de Prequestionamento. RE. Provimento. Prevalência de Decisão do STF .A Turma deu provimento a agravo regimental para conhecer de agravo de instrumento, e dar, desde logo, provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que aplicara precedente de seu Órgão Especial, no qual se declarara a constitucionalidade do disposto no art. 7º da Lei 7.428/94, com a redação da Lei 7.539/94, que previa o reajuste automático bimestral dos vencimentos dos servidores do Município de Porto Alegre pela variação de índice de entidade particular (ICV-DIEESE). Ressaltou-se, inicialmente, que o Pleno do STF, no julgamento do RE 251238/RS (DJU de 23.8.2002), declarara, por maioria, a inconstitucionalidade da referida norma, sob o fundamento de que ela ofende o postulado da autonomia municipal. Assim, entendeu-se que, apesar da ausência de prequestionamento dos dispositivos apontados como violados no RE e, também, de não ter sido juntado aos autos o aresto do Órgão Especial aludido, a orientação do STF deveria preponderar sobre o do acórdão recorrido, a fim de se impedir a adoção de soluções diversas em relação à decisão do Pleno, que poderiam comprometer a segurança jurídica. Considerou-se, ainda, que, por se estar diante de uma lide envolvendo inúmeros servidores do referido Município, a existência de decisões divergentes pela instância inferior sobre o mesmo tema provocaria, além de disparidade de tratamento de situações idênticas, prejuízos às finanças do referido Município, impedindo o atendimento das limitações impostas aos gastos com pessoal pela Lei Camata (LC 82/95). Precedentes citados: RE 222874 AgR-ED/SP (DJU de 30.4.2004); RE 298694/SP (DJU de 23.4.2004) e RE 251238/RS (DJU de 23.8.2002). AI 375011 AgR/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 5.10.2004. (AI-375011).” No mesmo sentido, propugnando uma reformulação ao recurso extraordinário, considerado de concepção vetusta e propugnando que esse instrumento deixe de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse de partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva, aos moldes do recurso de amparo espanhol e do recurso constitucional alemão, com uma dupla função, subjetiva e objetiva, orientação dominante no direito americano, consulte-se o paradigmático RE(MC) 376.852-SC, rel. Min. Gilmar Mendes.

Pelo exposto até aqui, fica bem demonstrada a ausência de maturidade científica dos **mecanismos pouco uniformes do chamado controle difuso por nós adotado** e a dificuldade em harmonizar a coexistência dos fenômenos jurídicos advindos do controle concentrado (efeito vinculante, transcendência de fundamentos determinantes, modulação de efeitos decisórios, etc.), na relação recíproca entre ambos, de maneira a constituir um sistema de controle normativo que se justifique cientificamente. Para o Ministro do STF, Gilmar Mendes, a fórmula de controle de normas compartilhada com o Senado Federal existe desde 1934 (de atribuir eficácia *erga omnes* com a suspensão de execução), afigurando-se, hoje, **obsoleta**.²⁵²

6.2.6 Procedimento Prévio como Requisito de Garantia do Controle Normativo

Ora, se existe tamanho dissenso doutrinário sobre a atuação do Senado Federal; se existem dificuldades para se divisar a capacidade de produção de efeitos da decisão incidental, por evidente que estamos diante de uma **ausência de regulação procedimental vinculativa**.²⁵³ Uma formalidade assegurada pelo processo de tramitação dos feitos com mais clareza e definição normativa objetiva. Não é possível que o exercício da competência privativa do Senado Federal seja apenas uma **faculdade ou conveniência** do Órgão político, conforme orientação predominante na doutrina e jurisprudência do STF (nos pareceres do Senado Federal, também). Contraria a idéia de **racionalização da vida jurídico-constitucional** de que nos fala Guetzévitch²⁵⁴, que tudo fique a depender do arbítrio do Senado Federal, sem qualquer sanção pelo descumprimento da determinação constitucional. A edição de uma **Resolução** suspensiva pelo Senado Federal amplia a decisão do STF como se lei geral fosse, quanto à sua eficácia universal, pois vinculativa de terceiros e carece de detalhamento normativo de seu âmbito, tanto em relação às leis federais, art. 52, inciso X, da CF, como em relação às leis estaduais, onde o dispositivo é reproduzido nas Constituições

²⁵² MENDES, O controle..., p. 31. e MENDES, **Jurisdição...**, p. 43.

²⁵³ HESSE, **Elementos...**, número de margem 31, p. 43. Ainda, conforme, Lúcio Bittencourt: “A Constituição não prescreveu o processo para que o Senado tenha conhecimento da inconstitucionalidade, nem a forma que há de revestir o ato previsto, sendo, neste particular, menos explícita do que a Constituição de 1934, que previa expressamente sobre o assunto.” (BITTENCOURT, **O controle...**, p. 145). Na Constituição de 1934, art. 96, o Procurador-Geral da República era encarregado de **comunicar a decisão ao Senado**, para fins do art. 91, IV, da mesma Carta (suspensão da execução). Essa realidade continua até os dias de hoje, ou seja, inexistência de procedimento jurídico-constitucional devido para obrigar a exclusão dos atos inconstitucionais.

²⁵⁴ GUETZÉVITCH, B. Mirkine. **As novas tendências do direito constitucional**. São Paulo: Sociedade Imprensa Paulista, 1933. p. 45 e p. 71.

Estaduais (autonomia auto-organizacional dos entes federados).²⁵⁵ Essa típica atividade de controle de normas pelo Senado Federal ocorre em ambiente de vazio legislativo ou lacuna, existindo, pois, déficit de qualidade legislativa, não sendo editadas regras procedimentais para disciplinar a matéria. O procedimento devido serviria como **garantia constitucional – *status activus proceduralis*** a ser seguido pelo Órgão do Senado Federal para o ato de retirada do corpo normativo da ordem jurídica (desconstituição), ou, ao contrário, mantê-lo válido no sistema jurídico-positivo, desde que fixados os pressupostos com predição.

Quando discorremos supra sobre o controle normativo abstrato (**6.1 Controle Concentrado**), vimos que já em 1942, Hans Kelsen, artigo publicado no *The Journal of Politics*, alertava para a necessidade de **proteção do interesse público** envolvido no procedimento da revisão judicial (*judicial review*) dos Estados Unidos. Afirmava que a ausência de um procedimento ou processo para regular o trâmite do controle normativo significava desvantagens amplamente reconhecidas pela literatura jurídica norte-americana.²⁵⁶

Coloca-se sob **exame a força normativa da constituição**, ou, com Konrad Hesse, os mecanismos para a correta apreensão da “**vontade para a Constituição (*Wille zur Verfassung*)**” numa dimensão procedimental, daí derivando a acurada defesa dos direitos e liberdades, porque,

²⁵⁵ Na Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, a competência exclusiva da Assembléia Legislativa está prevista no art. 53, inciso, XIII, para: “XIII – suspender, no prazo máximo de trinta dias, no todo ou em parte, a execução de lei estadual ou municipal que o Tribunal de Justiça declarar, em caráter definitivo, inconstitucional em face desta Constituição.” Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional de lei municipal ou estadual, proferida em sede de recurso extraordinário contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça Estadual exclui-se da competência da Assembléia Legislativa Estadual. Vide RIL 162/154. Com relação à necessidade de a Câmara Municipal suspender a execução de lei municipal, por simetria ao art. 52, X, CF, o STF entendeu contrariamente a essa possibilidade, confira-se a ementa seguinte, nesse sentido: Tribunal de Justiça: O Tribunal conheceu e proveu, em parte, recurso extraordinário interposto pelo Município de Santos contra acórdão do TJ/SP, que julgara procedente pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição paulista, e determinara, nos termos do art. 90, §3º, da Carta estadual, a comunicação dessa decisão à Câmara Municipal para fins de suspensão da execução da referida norma. Adotou-se a jurisprudência do STF no sentido de reconhecer a competência de tribunal de justiça para julgar ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivos da Constituição estadual (CF, art. 125, §2º: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada atribuição da legitimação para agir a um único órgão”), ainda que esses dispositivos consistam em reprodução de preceitos da Constituição Federal. Por outro lado, entendeu-se que, por se tratar de representação de inconstitucionalidade, uma vez concluindo o Tribunal pelo conflito de normas, não mais se poderia cogitar da existência da lei impugnada, sendo, por essa razão, incabível a comunicação da decisão à Câmara Municipal. Com base nesse entendimento, declarou-se a inconstitucionalidade do §3º, do art. 90, da Constituição paulista. Precedentes citados: Rcl 383/SP (DJU de 21.5.93); Rcl 425 AgR/RJ (DJU de 2.6.93).”

²⁵⁶ Cf. KELSEN, Hans. Judicial review of legislation: a comparative study of the austrian and the american constitution. *The Journal of Politics*, v. 4, n. 2, p. 183-200, may. 1942: “[...]The interest in the constitutionality of legislation is, however, a public one which does not necessarily coincide with the private interest of the parties concerned. It is a public interest which deserves protection by a special procedure in conformity with its special character. The disadvantages resulting from the lack of such a procedure are widely recognized in American juristic literature.[...], p. 193. Na tradução brasileira, vide KELSEN, **Jurisdição...**, p. 312.

arremata Hesse: “para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social eles necessitam não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas [...]”²⁵⁷ Presente, pois, a idéia de que a participação no procedimento de decisão, constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais – “a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental.”²⁵⁸

Por tais razões, considerando que o Senado Federal, em nosso controle difuso de normas, não pode ser considerado apenas um **Órgão Político** encarregado de proceder à **publicização das decisões em jornal oficial**, nem, ao menos, um simples **homologador de decisões do STF**, mas, na visão Kelseniana, o ordenamento constitucional outorgou-lhe a **competência como órgão especial dotado de poderes para dirigir e formar a vontade do povo no ato de suspender, com eficácia geral, leis inválidas**, essa autorização significa uma **garantia da normatividade da própria Constituição**. O Senado Federal, no controle difuso, é um **Órgão Jurídico**, embora integrante do Congresso Nacional (órgão político), porque autorizado a produzir **resoluções**, normas jurídicas de caráter geral de escalão inferior à CF, o que não deixa de ser uma tarefa de criação pelo aplicador do Direito.

Logo, o Senado Federal não está a cavaleiro da Constituição Federal, mas ele, no sistema normativo-constitucional vigente, é um de seus garantes, sendo impositivo não assuma postura inerte e omissa, quando comunicado da inconstitucionalidade de ato normativo. O art. 52, inciso X, da CF, ainda é válido, formal e materialmente; ainda fundamenta a estatalidade da ordem jurídico-fundamental; ainda representa uma **competência funcional privativa** de um Órgão de Poder e ainda tem aplicação como **direito posto**. Utilizando-se nota de Kelsen, quando criticado por Schmitt, não se trata de adotarmos aqui uma posição de “zelote de um normativismo cego,”²⁵⁹ mas de questionar a competência constitucional de um Órgão encarregado de decidir assuntos da vida estatal em nosso sistema de jurisdição constitucional, o que não é de pouca significância, tendo-se em vista as dimensões que, na concepção de Loewenstein, uma **Constituição Normativa**²⁶⁰ efetiva deve ter, sob pena de ruptura, aí sim, com o **princípio da supremacia da Constituição**.

²⁵⁷ HESSE, Konrad apud CANOTILHO, JJ. Gomes. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, 1990, p. 153. Trabalho apresentado na IV Conferência dos Tribunais Constitucionais da Europa.

²⁵⁸ Ibidem, p. 155.

²⁵⁹ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 263, nota 9.

²⁶⁰ LOEWENSTEIN, **Teoria...**, p. 217.

Sendo inolvidável essa **competência funcional, que também é de controle** (porque bipartida, já que o julgamento do caso concreto pelo STF, por si só, não vincula universalmente, sem a interferência do órgão do Congresso Nacional), é possível afirmar-se que exista ao STF o direito à fixação de comando decisório (direitos fundamentais à prestação judicial) a título de **regra de organização e procedimento**,²⁶¹ somente quanto ao **prazo razoável** para o pronunciamento do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade **ab initio**, onde se aplica *in totum* a doutrina da **absoluta e retroativa nulidade (ou o caso limite da nulificabilidade de Kelsen)** e para os casos em que a jurisprudência está consolidada, ou pacificada pela unanimidade do Plenário do STF.²⁶² Nesses casos de inconstitucionalidade plena e definitiva haveria, pois, atividade vinculada desde que verificados os **requisitos formais constitucionais** para a suspensão da lei ou ato. Haveria, assim, vincutividade quanto ao **exame dos pressupostos constitucionais** para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, divergindo-se, nesse ponto, da doutrina nacional majoritária, ou seja, a lei ou ato normativo declarado definitivamente inconstitucional pelo STF terá efeitos *erga omnes* a partir da publicação da resolução do Senado Federal, (mas a inconstitucionalidade reconhecida incidentalmente pelo julgador, no bojo de um processo relativo a caso concreto, terá efeitos *ex tunc*). Cumpre registrar não haver notícia, na jurisprudência constitucional brasileira, de que alguma vez tenha o STF, mesmo nas decisões em controle difuso versando sobre direitos fundamentais, fixado **prazo razoável** ao Senado Federal para este dizer se edita, ou não, resolução suspensiva de norma inconstitucional.

Porém, em respeito ao princípio da representatividade,²⁶³ segundo o qual, não pode editar ato normativo quem não foi eleito pelo povo, não pode ser suprimido ao Senado Federal a conveniência e oportunidade de optar pela negativa de edição de Resolução, quanto a temas de jurisprudência divergente, vacilante, não-remansosa.²⁶⁴ Os direitos procedimentais iriam, dessa

²⁶¹ Vide HESSE, **Elementos...**, números de margem 30 e 31; 138; 190 e 360, respectivamente nas páginas 42-43, 122-123 e 161, direitos de ter parte, p. 288; ALEXY, **Teoria...**, p. 454-482. Segundo o autor, os **direitos procedimentais**, poderiam ser “derechos a uma determinada ‘interpretación y aplicación concreta’ de normas procedimentales [...]” (Ibidem, p. 458).

²⁶² É comum, na prática do Tribunal Constitucional Alemão, a fixação de **prazo razoável** para o legislador disciplinar matérias onde haja configuração de ofensa à Constituição. Vide MENDES, **Jurisdição...**, p. 235-236 e como Min. Rel. do STF, na Rcl 2.391-PR, faz referência à decisão *BverfGE 33, I (12)*, da Corte Constitucional Alemã que tratava de limitações implícitas aos direitos fundamentais dos presos na execução penal, tudo a depender de lei reguladora que deveria sobrevir. Vide, também, HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 124, p. 129-131, out./dez. 1994.

²⁶³ Sobre a técnica da representatividade ou regime representativo, consulte-se PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**, v. 2, p. 213-226.

²⁶⁴ BRASIL. RE 150.764-1-Pernambuco, a eficácia *erga omnes* foi recusada pelo Senado Federal, justificando o relator, Senador Amir Lando a recusa: “É incontestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando *erga omnes*, trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de

forma, até o limite da exigência de pronunciamento expresso sobre a suspensão da execução, ou não, do ato normativo julgado definitivamente viciado, **em prazo razoável**, e somente nas hipóteses tradicionais onde seriam inseparáveis os conceitos de nulidade (plena) e inconstitucionalidade (**efeitos eliminatórios absolutos e retroativos – inconstitucionalidade equivalente a nulidade**) evitando-se que a matéria fique paralisada no Senado Federal, abusiva e indefinidamente, sem resposta à sociedade, por inércia ou omissão daquele Órgão.

Entretanto, numa outra face, onde há dificuldades para incidência do dispositivo, as faculdades para o exercício do poder estatal do Senado Federal deverão submeter-se, *de lege ferenda*, à **regulação procedimental vinculativa**, para suprimento do vazio legislativo existente.²⁶⁵ A necessidade de aperfeiçoamento do sistema jurídico-constitucional, nesse ponto, é algo bem distante de sustentar-se o anacronismo ou obsolescência do artigo 52, inciso X, da CF!

É o que se verifica, destarte, em relação **às novas técnicas de decisão ou chamadas variantes de decisão** e a evolução dos pronunciamentos do STF, em sede de controle concentrado, que pressionam pela ocorrência de evolução no sistema de controle concreto de normas, o qual denota descompasso do texto constitucional positivado (art. 52, inciso X, CF), com as vicissitudes e novas necessidades do desenvolvimento da dogmática do controle normativo de constitucionalidade.²⁶⁶

acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional. Ademais a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico.” Bem demonstra que o Senado Federal possui margem de discricionariedade para avaliar a conveniência política de eliminar do ordenamento jurídico lei ou ato, no controle difuso.

²⁶⁵ Essa necessidade se fez sentir no Congresso Nacional. A propósito disso, a seguinte proposta de EC: A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou o PL 1972/03, da Comissão de Legislação Participativa, que regulamenta a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Pela proposta, o Senado terá 60 dias para publicar uma resolução suspendendo a execução da norma declarada inconstitucional, que terá efeitos para todos. Caso a lei seja estadual ou municipal, o Supremo encaminhará cópia do acórdão ao órgão responsável pela elaboração da lei - assembleias legislativas, no caso de lei estadual, e câmara de vereadores, no caso de lei municipal.

A sugestão do projeto foi apresentada pelo Conselho Administrativo Municipal de Grupiara (MG). Atualmente a matéria está disciplinada nos Regimentos Internos do Senado e do STF, e o Conselho de Grupiara argumenta que essa legislação tem-se revelado insuficiente e inadequada para dirimir as controvérsias sobre o assunto.

O projeto, que tramita em regime de prioridade, será encaminhado para votação pelo Plenário.

²⁶⁶ Cf. MENDES, O papel..., 2004: “[...] a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão da execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. [...] É certo, outrossim, que a admissão da pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle incidental ou difuso (declaração de inconstitucionalidade com efeito **ex nunc**), cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito do do STF, parece debilitar, fortemente, a intervenção do Senado Federal – pelo menos aquela de conotação substantiva. É que a **“decisão de calibragem”** tomada pelo Tribunal parece

Luís Afonso Heck enumera o que denomina como **fórmulas decisórias** do Tribunal Constitucional alemão, que se mostram perfeitamente pertinentes a nossa jurisprudência constitucional, a saber: a **nulidade parcial quantitativa**: quando a declaração de nulidade recai sobre um parágrafo, alínea, frase, parte da frase, palavra ou parte da palavra (vale mencionar, aqui, a possibilidade da modulação do alcance ou limitação dos efeitos dessa nulidade no tempo, conforme tem procedido o STF, já há algum tempo); a **nulidade parcial qualitativa**: onde parte da lei é considerada nula, em relação a determinados “casos de aplicação”, ou incide sobre uma “constelação de casos”, sem haver redução de texto normativo; a **declaração de incompatibilidade**: onde não é afirmada a nulidade da lei, mas a violação à Lei Fundamental é constatada, sendo dever do legislador, e não do Tribunal, a remoção da violação; a **decisão de apelo ao legislador – “decisão de apelo”**: quando o Tribunal Constitucional constata defeitos jurídico-constitucionais, mas em razão de interesses e pontos de vista prioritários, jurídico-constitucionais relevantes (**ainda**) não declara a lei incompatível com a Lei Fundamental (“**lei ainda constitucional**”), mas notifica o legislador dos fundamentos da decisão, para remoção do defeito reconhecido ou correção dessa situação, **com prazo para cumprimento do dever legislativo**. A expressão “**decisão-apelo**” não tem, na doutrina alemã, entendimento uniforme, uma vez que parcela dos constitucionalistas a identifica com a **declaração de incompatibilidade conjugada com um apelo** (nota 199, p. 131); a **interpretação conforme à Constituição**: não é apenas uma regra de interpretação, mas concretiza um princípio de Direito Processual Constitucional segundo o qual a lei não deve ser declarada nula, se é possível interpretá-la de acordo com a Constituição, sendo que a justificativa para essa fórmula decisória é a **unidade do ordenamento jurídico** e a presunção da validade da lei – *o favor legis*.²⁶⁷ O Professor Celso Ribeiro Bastos e a maioria da doutrina nacional entendem que a **interpretação conforme à Constituição**, mais do que uma técnica de salvamento da lei ou ato normativo é uma **técnica de decisão**, pois **rejeita** as demais interpretações existentes, suprimindo possíveis lacunas da lei.²⁶⁸

avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuíra, anteriormente, ao Senado Federal”.

²⁶⁷ HECK, O recurso..., p. 129-131.

²⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de Interpretação Constitucional. **Cardernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 24, 1988, p. 48. Na Representação nº 1417-7, junto ao STF, já referida aqui, o Min. Moreira Alves assentou na ementa que: “O princípio da interpretação conforme à Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) é **princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação [...]**” (grifamos). Em sentido contrário, entendendo que a interpretação conforme à Constituição **constitui mecanismo de interpretação** por meio do qual se excluem **possibilidades interpretativas do texto normativo**, que se revelem incompatíveis com a Constituição, a posição de BINENBOJM, **A nova...**, p. 47-120. O autor faz observação interessante, na página 196, ao registrar que a jurisprudência do STF faz equiparação entre interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, mas destaca a **distinção técnica entre tais institutos**: “A interpretação conforme à Constituição constitui mecanismo de interpretação por meio do qual se excluem as **possibilidades interpretativas** do texto

Compatibiliza-se o princípio da presunção de constitucionalidade das leis,²⁶⁹ porque o legislador democrático tem a primazia na concretização da Constituição, com o da supremacia da Constituição na relação entre jurisdição constitucional e legislação. Por isso, Konrad Hesse aponta a importância jurídico-funcional essencial dessa técnica, pois é necessário **coordenação das funções dos órgãos participantes** no procedimento de concretização, seja para a relação entre **jurisdição e legislação**, por um lado e, por outro, a relação entre **jurisdição constitucional e jurisdições restantes**.²⁷⁰ Das diversas possibilidades interpretativas existentes para o ato normativo, escolhe-se a que tenha conteúdo constitucional mais adequado, afastando-se as demais. O limite dessa técnica é a expressão literal da lei como vontade do legislador a ser preservada. Existe uma tendência desse mecanismo confundir-se com **a declaração de nulidade parcial sem redução de texto** (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99), **ou nulidade parcial qualitativa**, que restringe ou amplia as constelações de casos sob âmbito de aplicação da lei inferior, nulificando a lei em relação a alguns daqueles âmbitos cuja interpretação o texto não admite, porém, conforme observa Luís Afonso Heck, nesta última espécie de técnica, enquanto se declaram determinados “casos de aplicação” como incompatíveis com a Constituição, na interpretação conforme, declaram-se determinadas **“possibilidades de interpretação como incompatíveis”**.²⁷¹ Ainda, na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, como **técnica de controle normativo** que é, haveria, pelo menos, a **procedência parcial do pedido**, já que o texto admite apenas uma interpretação,

normativo que se revelam incompatíveis com a Constituição, prestigiando-se aquela(s) que se harmonizam com a Lei Fundamental. Já a declaração parcial da inconstitucionalidade sem redução de texto constitui técnica de controle de constitucionalidade que pode decorrer de uma **interpretação conforme à Constituição** ou pode ser consequência do **reconhecimento da inconstitucionalidade de determinadas hipóteses de incidência da norma**. No primeiro caso, o texto normativo admite mais de uma interpretação, sendo que uma ou algumas delas se revelam inconstitucionais. Já no segundo caso, o texto admite apenas uma interpretação, mas algumas hipóteses de incidência da norma são incompatíveis com a Constituição [...] Com efeito, pode haver declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto que não **decorra** de uma interpretação conforme e, de outra forma, é também possível que a interpretação conforme conduza a Corte, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, a proclamar a constitucionalidade de um dentre as várias interpretações possíveis do texto normativo”. Consulte-se, ainda, a propósito do tema da interpretação conforme, o item supra **6.2.3 (Requisitos Procedimentais no Controle Difuso)**. Ver, a propósito, decisão liminar na Medida Cautelar proferida na ADPF nº 54, sobre **anencefalia do feto e aborto**, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, onde se buscava uma interpretação aos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, com **declaração da inconstitucionalidade desses dispositivos, sem redução de texto**, porque impeditiva da antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencefálico. Entendeu o STF que, embora a omissão da anencefalia como hipótese autorizadora do aborto, não prevista no rol do art. 128, do Código Penal, haveria **limites à interpretação conforme**, não sendo possível ao intérprete da lei acrescentar mais uma hipótese de exclusão de ilicitude que não fora incluída pelo legislador de forma propositada, tudo sob o argumento da declaração da inconstitucionalidade a proibição do aborto nesses casos.

²⁶⁹ BITTENCOURT, **O controle...**, p. 93, refere que: “Uma vez que o conflito entre a lei e a Constituição não deve ser presumido – adianta Cooley – segue-se, necessariamente, que as Cortes devem, se possível, dar à lei interpretação tal que lhe permita manter-se válida e eficaz. [...]” “Isto, aliás, nada mais é do que afirmar que os tribunais devem interpretar a lei de acordo com a intenção da legislatura, que só poderia ser a de elaborar um diploma capaz de produzir efeito jurídico e não um que se tornasse inoperante e nulo.”

²⁷⁰ HESSE, **Elementos...**, números de margem 81 a 83, p. 72-73.

²⁷¹ HECK, **O recurso...**, p. 129 e p. 131.

embora exclua algumas hipóteses de aplicação da norma a determinados casos, porque estes se revelam incompatíveis com a Constituição; enquanto na técnica da interpretação conforme levar-se-ia à **improcedência da pretensão**, porque, das várias interpretações possíveis, uma ou algumas se revelam inconstitucionais, mas uma ou mais possibilidades de interpretação do texto normativo merecem prestígio, por harmonizarem-se com a Constituição.

Nessas condições, somente com a normalização procedimental regulativa do âmbito do artigo 52, inciso X, da CF, seria possível compatibilizar a norma que impõe a **suspensão da execução** do diploma viciado pelo Senado Federal, com a possibilidade de restrição do âmbito da decisão do STF, mediante manipulação ou limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; pela viabilidade de a Resolução também se adaptar à evolução e flexibilização das modernas técnicas de interpretação e de decisão (**fórmulas decisórias**) no controle normativo, como visto acima. Seria a maneira pela qual poderia haver a adequação dos termos daquele dispositivo constitucional, para regulação procedimental da omissão parcial ou relativa inconstitucional; da vigência temporária de lei inconstitucional; da ampliação do alcance dos termos da decisão do STF, ou irretratabilidade e impossibilidade de sua modificação; do prazo legal para atuação ou pronunciamento do Senado Federal e sanção específica por incumprimento; da regulação dos atos ocorridos no interregno entre decisão do STF e publicação da resolução senatorial, nomeadamente em relação a direitos adquiridos e coisa julgada; da vedação ao exame do mérito da questão, da revisão da resolução; da competência do Senado Federal em relação às leis estaduais e municipais, com dispensa de ato simétrico nas Constituições dessas esferas políticas da federação, etc.

De *lege ferenda* ou *constitutio ferenda*, por meio de reforma constitucional, esse caminho traduziria mais certeza e clareza jurídicas, consagrando uma forma de racionalização da ordem estatal-fundamental.

É possível afirmar, nessas condições, que o enunciado normativo do art. 52, inciso X, da CF está merecendo, em nosso meio jurídico-constitucional, característica de norma jurídica do tipo “regra”, para utilizarmos a distinção de Dworkin, também mencionada por Alexy, porque, ou estão dados os fatos previstos na hipótese de incidência (decisão de inconstitucionalidade de ato normativo ou preceito legal) e se aplica a regra, ou não estão dados os fatos e não se aplica regra (suspensão da execução), o que conduz a uma solução de **tudo ou nada** (*all or nothing*), não comportando soluções com a ponderação sobre o **peso das razões** que proporcionam uma ou outra

decisão **nos casos difíceis**. Ou seja, o direito constitucional, nesse caso, terá solução somente *prima facie*, no sentido delineado pelo STF, surgindo embaraço, dentro de uma concepção positivista, em relação às regras jurídicas de **textura aberta** (Hart), ou de **conceito indeterminado** (razoável, injusto, equidade etc.), quando os limites incertos são decididos com o poder discricionário do Juiz, com a criação de uma regra nova com eficácia retroativa, fórmula decisória essa que se mostra, salvo compreensão diversa, completamente inadequada com aquele corpo normativo integrante de nosso sistema de controle de normas.²⁷² Não é possível, então, sustentar que o **Senado Federal**, hoje e desde a edição da regra acima, na Constituição de 1934, esteja autorizado nem seja capaz de examinar possíveis colisões de normas principiológicas fundamentais, ponderando-as acerca da melhor concretização como legislador. Não. Somente está adstrito ao encaminhamento e sob a forma de interpretação dada pelo STF, não possuindo outra discricção ou **liberdade de conformação** que não cancelar resoluções suspensivas como legislador negativo.

Portanto, o tipo normativo do artigo 52, inciso X, da CF não é dotado de amplitude e abertura que se sujeite à influência dos pressupostos da realidade fático-constitucional, para conduzir a resultados cambiantes, razão pela qual, haveria dificuldade em aceitar-se que houve típico caso de **mutação constitucional**, como sustentado supra, mormente para justificar que o enunciado normativo se reduziu a simples finalidade de **publicidade**, reduzindo-se os **efeitos jurídico-constitucionais** das Resoluções do Senado Federal a esse papel, como afirmado no artigo doutrinário acima citado.²⁷³ Mais caracterizaria, então, **rompimento constitucional**, porque haveria desvio do texto constitucional em cada caso particular, sem sua modificação formal.²⁷⁴

Voltando aos pares conceituais referidos por Hartmut Maurer (item **6. O Modo de Efetivação do Controle pelo Poder Judiciário**), o anacronismo entre os órgãos com **competência para conhecer e julgar a questão constitucional**, e aqui temos um problema envolvendo a coordenação entre a **competência político-jurídico-funcional** do Senado Federal, em complemento à competência jurisdicional do STF, para tratar do ato inconstitucional, logo, ligadas ao **par conceitual controle difuso**, pode ser tributado a razões jurídico-constitucionais inerentes à

²⁷² DWORIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradución Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999, p. 77.

²⁷³ Cf. MENDES, O papel..., p. 156. Ver itens **6.2.4.3. (Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?)**; **6.2.6 (Procedimento Prévio como Requisito de Garantia do Controle Normativo)** e **8.5.(Princípio da Nulificabilidade como Norma Constitucional Imanente?)**.

²⁷⁴ HESSE, **Elementos...**, número de margem 39, p. 46. Basta verificar-se, também, que a interpretação pretendida em relação à suspensão da execução, escapa às quatro classes de mutação constitucional catalogadas por HORTA **Direito...**, p. 104, o que reforça o argumento que mais caracteriza um **rompimento constitucional** que uma **mutação constitucional**.

importação direta e acrítica da doutrina do *judicial review of legislation*, tão cara ao sistema jurídico da *common law*.

Visto que, no Brasil, apesar de pertencermos à tradição romano-germânica, nossa história jurídico-constitucional iniciou-se por um caminho – o do **modelo difuso americano** - e, no curso do desenvolvimento dos mecanismos de revisão judicial da legislação, procedeu-se a uma guinada de rumo, uma virada de estrutura dogmático-normativa, buscando-se, no retorno às fontes da Europa continental – no **modelo austríaco**, o substrato teórico para o funcionamento das decisões sobre questões constitucionais e de nossa disciplina jurídica do controle normativo de constitucionalidade.²⁷⁵

O equívoco de opção político-jurídica quanto à escolha fundamental das **bases dogmáticas** que tinha, no controle judicial difuso da legitimidade das leis, o **modelo** de conteúdo predominante, levou a doutrina e a jurisprudência nacionais a revisar essas categorias do nosso Direito Constitucional. Contudo, ao invés de, primeiramente, oportunizar-se com seriedade o estudo aprofundado e o amadurecimento de formulações doutrinárias para respaldar as mudanças, no sentido de que os órgãos da jurisdição ordinária não decidam contra a orientação firmada pelo Tribunal Constitucional (como acontece nos ordenamentos

²⁷⁵ Vale conferir excerto de voto do Min. Sepúlveda Pertence, referido no julgamento da ADIn 3.105, relativo ao julgamento da MP 173/90, e que demonstra o que aconteceu na história de nosso controle difuso: “O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que **a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido**, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a **acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado.**” (grifamos). O ex-Ministro do STF, Carlos Velloso, relatando o RE nº 442683-RS, que versa sobre o tema da **Segurança Jurídica e Modulação Temporal dos Efeitos**, referindo-se à natureza das sentenças nas ações de controle de constitucionalidade (Informativo STF nº 419, 13 a 17 de março de 2006, transcrições), bem resume as peculiaridades de nosso sistema de controle de normas: “Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem jurídico-constitucional brasileira consagra, em termos de jurisdição constitucional, o controle misto [utiliza **misto**, aqui, no sentido da coexistência entre o controle difuso e o concentrado]. É dizer, temos o controle de constitucionalidade difuso, a partir da 1ª República, segundo o modelo norte-americano, instituído a partir do célebre *Madison vs. Marbury case*, de 1803, e o controle concentrado, em abstrato, a partir da EC 16, de 1965, que conferiu competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar a representação de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, legitimado o Procurador-Geral da República para o seu aforamento. O modelo adotado foi o dos Tribunais Constitucionais europeus. Intituiu-se, pois, a partir daí, a ação direta genérica. O controle difuso, segundo o modelo norte-americano, realiza-se no caso concreto, em qualquer ação, incidentalmente ou por via de exceção; a sentença é declaratória, com efeito retroativo, *ex tunc* e *inter partes*. Já o modelo europeu continental, que surgiu sob a inspiração de Kelsen, na Constituição da Áustria de 1920, aperfeiçoado com a reforma de 1929, dá-se em abstrato, numa ação direta, que será aforada apenas em um Tribunal, o Tribunal Constitucional. O acórdão tem natureza constitutiva-negativa ou desconstitutiva; a eficácia é *erga omnes* e o efeito fixado *pro tempore*: *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. O ato inconstitucional é anulável e não nulo. Bem por isso e em boa hora, veio a lume a Lei 9.868, de 10.11.1999, que, no seu art. 27, estabeleceu que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração, decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Isto não deve ter sabor de novidade. Na pátria do efeito *ex tunc*, nos Estados Unidos, a Suprema Corte admite o teor político do controle de

onde há a concentração do controle normativo, quer dizer, o **monopólio negativo de rejeição**, da família romano-germânica - a exemplo da Áustria, Alemanha, Itália ou Espanha, que possuem **modelo concentrado**, a primeira, e controle do **tipo** concentrado combinado, os demais), simplesmente foram acrescentados, pela construção jurisprudencial do STF, novos itens à temática então vigente. Institutos jurídicos como *transcendência dos fundamentos da sentença* prolatada *inter partes* e a *extensão do efeito vinculante* para o **controle difuso**, à míngua de lei infraconstitucional específica ou modificação constitucional adequada, foram introduzidos no cenário vigente para solução de uma das mais “tormentosas questões da nossa jurisdição.”²⁷⁶

A edição dos artigos 27 e 28, da Lei nº 9.868/99 positivou desenvolvimentos antes percorridos nos **tipos** de jurisdição concentrada de normas do continente europeu, comprovando a afirmação de que nossa tradição é da importação de soluções alienígenas, sem o aprofundado estudo dogmático e maturação necessários a sua incorporação pela ordem estatal-fundamental da coletividade. Deve haver uma **teoria dogmático-constitucional** que informe os institutos que compõem a organicidade da Constituição material. É equivocado o abandono, como descartável, dos institutos tidos por defasados ou anacrônicos, como está ocorrendo com a **suspensão da execução** pelo Senado Federal, sem que se perscrutem as bases e os pressupostos teóricos dos métodos e inovações que se quer conformar,²⁷⁷ até porque, e o diz um dos signatários das propostas inovadoras, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, não existe compreensão unívoca sobre o **efeito vinculante** na doutrina alemã.²⁷⁸

A opção do legislador constitucional, quando da edição da Emenda Constitucional 16/65, não foi a de aprimorar, ou dar maior funcionalidade ao **modelo de controle difuso** e institutos que lhe são próprios, os quais se haviam incorporado em nossa cultura jurídico-constitucional, especialmente no que toca ao **par conceitual da competência para conhecer e reprov**ar os atos inconstitucionais. Vimos, no início, que o controle difuso de constitucionalidade das normas foi pensado, para nosso Direito Constitucional em formação, no período pós-monárquico imperial e sob o influxo norte-americano, onde a decisão **nula equivalia à inexistente** (*the unconstitutional statute is not law at all*). Daí a suspensão da execução pelo Senado Federal só conhecer uma variante de decisão –

constitucionalidade e que o ingrediente político da decisão tomada no controle de constitucionalidade pode relativizar o princípio da retroação ex tunc [...]”.

²⁷⁶ MENDES, O papel..., p. 162-166. Sobre os países que adotaram o denominado sistema “concentrado” de controle de constitucionalidade, consulte-se CAPPELLETTI, **O controle...**, p.83-84.

²⁷⁷ Retornemos aqui, à proposta inicial esboçada na **Introdução** deste trabalho, ratificando-se a incipiência de nossa doutrina em aprimorar ou desenvolver o aperfeiçoamento de institutos autóctones e exclusivos de nosso Direito Constitucional, em troca da fácil importação alienígena.

²⁷⁸ MENDES, op. cit., p. 167, nota 22.

a da nulidade. Não comportava a declaração de inconstitucionalidade com limitação ou modulação de efeitos, nem outras técnicas de decisão que surgiram no direito alemão, porque a lei inconstitucional era como se nunca tivesse existido, natimorta, um nada jurídico. O nulo não poderia ser mitigado, porque caberia ao juiz apenas declarar um vício preexistente. No modelo de normas do “tudo ou nada”, quando na Constituição de 1934 a mesma regra hoje prevista no art. 52, X, da CF foi concebida, não havia espaço para **ponderação de bens jurídico-constitucionais**, nem a Constituição era vista com abertura pluralista à sociedade de intérpretes, como nos fala Häberle.²⁷⁹

Converteu-se essa rota, ao depois, inclinando-se em direção a um modelo de controle concentrado das normas inconstitucionais ao estilo “europeu”, porém, mantendo-se a possibilidade de provocação de questão prejudicial, por qualquer pessoa, perante qualquer juízo, com outro objeto que não diretamente a validade da norma, conduzindo-se à rejeição incidental da lei viciada e sua não-aplicação no caso concreto, em defesa de interesse numa relação jurídica individual. O **tipo** de controle concentrado da Alemanha, por exemplo, também combina-se com um **tipo** de controle normativo difuso, todavia, o juiz tem somente competência para o **exame judicial**, enquanto que a decisão de comprovação da inconstitucionalidade ou o controle de normas (rejeição principal e direta) compete somente ao Tribunal Constitucional Federal, separando-se, na oportunidade do controle da violação direta à Constituição, a questão de fato (litígio das partes, geralmente envolvendo aplicação de legislação ordinária), da questão jurídico-constitucional, depurando-se, com isso, o julgamento de conflitos subjetivos.²⁸⁰ Com o isolamento decorrente do **dever de apresentação** ao Tribunal Constitucional, a questão de constitucionalidade toma forma abstrata, como ocorre no controle direto, abstrato e concentrado.

O sistema constitucional positivo brasileiro, no século passado, sofreu forte influência do **modelo** concentrado dito europeu de normas, buscando adequação à fórmula inicial de **judicial review** adotada, sem, contudo, ter sido realizada a virada em termos de dogmática constitucional, pois a base teórica continuou com os mecanismos de característica anglo-americanos, totalmente inadequados à nossa tradição jurídica. A evolução é notada na jurisprudência do nosso Tribunal dito de revisão, o STF, mas por caminhos que beiram a exorbitância, sobrepondo-se até mesmo à normatividade expressa de dispositivos constitucionais (exemplo é o caso do art. 52, inc.X, CF

²⁷⁹ HÄBERLE, *Hermenêutica...*, p. 32.

²⁸⁰ ALEMANHA. **Lei Fundamental Alemã: “Art.100. (Inconstitucionalidade das Leis).** 1.Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e pedir a apreciação do tribunal estadual competente para litígios constitucionais, se se tratar da violação de constituição estadual, ou a apreciação do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isso vale igualmente nos casos de violação desta Lei Fundamental pelo direito estadual ou de incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal [...]”

combinado com o art. 27, da Lei nº 9.868/99). É oportuno o comentário em relação à competência do Tribunal Constitucional Federal, na Lei Fundamental alemã, feito por Heck, mas que se aplica à situação jurídico-constitucional hoje experimentada no Brasil: “[...] uma dilatação da competência do Tribunal Constitucional Federal por sobre a moldura legalmente estabelecida por meio de aplicação analógica das determinações das competências é inadmissível. Também a presença de uma necessidade político-jurídica urgente não a admite.”²⁸¹

Esse o cenário do **controle difuso** ou do chamado pela doutrina “**sistema**” **misto de controle de normas** entre nós. Adiante se mostrará que não pára por aí.

²⁸¹ HECK, **O Tribunal...**, p. 117.

7 SÚMULA VINCULANTE

O descaso com a orientação reinante nos tribunais faz nascer a idéia da súmula com eficácia jurídica obrigatória ou vinculante, pela qual, os tribunais de alta instância realizariam a **função racionalizadora, mediante forma de solução concentrada de conflitos coletivos**, evitando-se o risco de divergências qualitativas entre julgados sobre o mesmo assunto e o conseqüente desprestígio da função judicante. Em nosso sistema jurídico-constitucional, o legislador constituinte derivado realizou opção de política judiciária ao aprovar a chamada **Reforma do Judiciário - Emenda Constitucional n° 45**, de 8 de dezembro de 2004, art. 103-A, conferindo fundamento constitucional explícito para marcar de definitividade e vinculatividade, os precedentes do mais alto Tribunal do país (“reiteradas decisões sobre matéria constitucional”), encarregado da tarefa de controle da constitucionalidade das normas, com poder de orientar e subordinar órgãos judiciários inferiores.²⁸² A **súmula vinculante** é fórmula técnico-jurídica implantada com base constitucional que dará pragmatismo operacional à atividade estatal judicial pátria. Indaga-se se a jurisprudência, nesse caso, erigiu-se a fonte formal primária do direito constitucional brasileiro, já que os precedentes passam ter eficácia geral e poder vinculante (fonte formal, aqui, vai no sentido de designar os processos de manifestação através dos quais se revela ou se expressa o Direito, como exemplo, os órgãos que elaboram a legislação ou a jurisprudência). A **súmula vinculante** foi regulamentada, recentemente, pela Lei n° 11.417 de 19 de dezembro de 2006, para entrada em vigor 3 (três) meses após sua publicação em 20 de dezembro de 2006.

²⁸² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgado-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

7.1 Histórico. Precedentes no Direito Brasileiro Infraconstitucional

A experiência de se conceder aos enunciados decisórios (jurisprudência) eficácia análoga à da lei (força obrigatória dos efeitos), já ocorreu no período colonial brasileiro com os “**assentos**” da lusitana Casa de Suplicação (Lisboa), conforme disposições do regime das Ordenações Manoelinas de 1521²⁸³ e Filipinas,²⁸⁴ que vigoraram no Brasil durante o Império até a República. A jurisprudência, portanto, se fez presente ainda no Brasil colônia e possuía as notas materiais e formais das disposições legislativas, porque os **assentos** eram a inteligência geral e perpétua da lei²⁸⁵. D. Manuel conferiu à Casa de Suplicação a competência de interpretar as Ordenações e leis por meio de **assentos** com força obrigatória.²⁸⁶ A Lei da Boa Razão, de 18.8.1769, no § 8º, estabeleceu que as Relações do Porto, da Bahia, do Rio de Janeiro e da Índia não tinham competência para prolatar assento com força de lei, cuja exclusividade era da Casa de Suplicação. Em 10.5.1808, a Relação do Rio de Janeiro passou a ter competência para proferir assentos interpretativos no âmbito de sua jurisdição. O decreto nº 2.684, de 23.10.1875, dava força de lei, no Império, aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa. Com a criação do **Supremo Tribunal de Justiça**, pela Lei de 18.9.1828, recebeu esta competência para também tomar seus **assentos**, mas com feição brasileira (art. 19), sendo que o Decreto nº 6.142, de 10.3.1876, regulava o modo pelo qual deveriam ser tomados, na esteira dos assentos imperiais.²⁸⁷ Com a fundação da República, na

²⁸³ PORTUGAL. Ordenações Manuelinas, II, § 1º, apud ROSAS, Roberto. Do assento e do prejulgado à Súmula do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 404, jun. 1969, p.19 e L. V, Tít. 58, § 1º, ver SAMPAIO, O Supremo Tribunal Federal..., p. 12. Os **Assentos** eram tomados em Mesa Grande, presidida pelo Regedor, registrando-se a deliberação no Livro da Relação, para não mais vir em dúvida a espécie.

²⁸⁴ PORTUGAL. Ordenações Filipinas L.1, Título 4,§ 1º; Título 5,§ 5º. Caso surgisse dúvida na decisão do juiz da Casa de Suplicação no exame das Ordenações ou leis, seria a mesma proposta ao Regedor, o qual, em plenário ou Mesa Grande dos Agravos, expô-la-ia aos demais juízes. A solução seria convertida em deliberação consignada no Livro Verde da Suplicação. Se a incerteza fosse generalizada entre todos os membros da Suplicação, seria submetida ao Rei, que faria carta de lei, alvará ou decreto terminando com a dúvida.

²⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC N. 45/2004. In: REFORMA do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 687: “É interessante observar que nas ordenações Manuelinas previa-se uma sanção funcional para os juízes recalcitrantes na aplicação dos ditos assentos: “E os que em outra maneira interpretarem nossa Ordenação ou derem sentença em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem o regedor, como dito é, serão suspensos até nossa mercê” (Livro V, título 58).

²⁸⁶ SILVEIRA, José Néri. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, São Paulo, v. 159, jul./set. 1981, p. 14. Citando Cândido de Oliveira Filho, observa: “Os assentos não são julgamentos de casos particulares, não resolve litígios hic et nunc, isto é, são determinações sobre a inteligência das leis, quando na sua execução ocorrem dúvidas manifestadas em decisões divergentes.”

²⁸⁷ Cf. NEVES, Castanheira. **O Instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 192, onde traça interessantes considerações sobre a moderna instituição dos **assentos** em Portugal, agora no regime do decreto n. 4.620, de 13.6.1918: “[...] traduzia-se ele em vincular, em princípio, as Relações e o próprio Supremo Tribunal de Justiça à última jurisprudência estabelecida por este, já que haveria sempre recurso para o Supremo Tribunal das decisões que tanto aquelas como ele mesmo proferissem em sentido contrário a essa jurisprudência. O que tinha alguma analogia com um regime de precedente obrigatório, embora com

Constituição de 1891, uma nova estrutura judiciária e jurídica foi buscada e o **Supremo Tribunal Federal** reputou os **assentos** inconstitucionais, não mais sendo admitidos sob a argumentação de que a única base para os julgamentos seria a Lei, surgindo, à época, as codificações legais, denominadas Códigos.²⁸⁸

A busca pela valorização da jurisprudência reiterada e assentada, como resposta judiciária estável, previsível e isonômica aos casos análogos, levou ao instituto do **prejulgado**, previsto no art. 861, do CPC de 1939 e no art. 902, da CLT. No âmbito cível, o prejulgado não obteve extensão igualável aos enunciados trabalhistas. Na Justiça do Trabalho, foi criado o **prejulgado obrigatório** nas decisões proferidas por maioria de dois terços do Tribunal Pleno, ou nos embargos das decisões das Turmas do Tribunal Superior (Lei n. 2.244, de 23.6.1954). A interpretação judicial da lei se fazia compulsória para os Tribunais Regionais e para as Juntas Trabalhistas. Também fala em **prejulgado**, o art. 263, do Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15.7.1965), concedendo às decisões uma espécie de efeito vinculante equivalente ao da força obrigatória da lei.²⁸⁹

A idéia dos assentos obrigatórios foi repristinada, em 1964, por Alfredo Buzaid quando da votação do anteprojeto do Código de Processo Civil vigente, porém, não teve adesão nos debates parlamentares, restando uma solução de meio-termo, como nos fala Victor Nunes Leal, na forma do **incidente de uniformização de jurisprudência**, arts. 476 a 479, do CPC vigente, com a eventual emissão de uma **súmula** sem eficácia pan-processual, conhecida como **súmula persuasiva**. A **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal** seriam enunciados resultantes do exame detalhado da reiteração dos julgados que, ao contrário do prejulgado trabalhista, não vincula os juízes de instância inferior, prevalecendo a adoção da solução isonômica

a diferença fundamental de que o Supremo Tribunal poderia afastar-se da última jurisprudência que houvesse estabelecido, através de decisão nesse sentido do seu Tribunal Pleno. Tratava-se assim, no fundo, de provocar em casos de divergência jurisprudencial, e para a superar, a intervenção decisória de um mesmo tribunal superior. Intervenção desse tribunal que não devia, no entanto – ponto da maior importância – afastá-lo da estrita função jurisdicional.”

²⁸⁸ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Fazendo citação de ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Reforma do judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 687.

²⁸⁹ O **prejulgado** surgiu, antes, na Lei n° 17, de 20.11.1891, em Minas Gerais (art. 22), posteriormente foi admitido na legislação processual do Distrito Federal, em 21.12.1923, art. 103. O art. 861, do CPC previa que: “A requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou Turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas.” E o art. 902, da CLT, estabelecia: “É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejulgados, na forma que prescrever seu Regimento Interno”; o art. 263 do Código Eleitoral, diz: “No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal [...]” (ROSAS, Do assento..., p. 19).

quanto à matéria controvertida, a qual não será díspar da tendência para onde se inclinou a preferência da maioria dos acórdãos, tudo sem impedir a evolução da interpretação do Direito, mas com a virtude de substituir a **loteria judiciária** das maiorias ocasionais. A **súmula** representa um *plus* em relação à **jurisprudência dominante**, sendo desta a sua síntese. A **súmula** resulta de se alcançar maioria absoluta no julgamento do incidente de uniformização da jurisprudência que tomou o lugar do prejudgado, mas ficou a expressão “jurisprudência predominante, cunhada no STF”. A relativa estabilidade da jurisprudência seria muito mais um bem do que um mal, pois o caminho para as suas dificuldades ou erros seria a reforma legislativa.²⁹⁰ Em 13.12.1962 foram aprovados 370 enunciados até a Sessão Plenária daquela Corte, de 26.11.2003, com 736 súmulas.

O art. 8º da EC 45/2004 permite que se faça a distinção entre **súmula persuasiva ou não-vinculante e súmula vinculante**, ao prever que as súmulas já existentes do STF (persuasivas) somente produzirão efeito vinculante após a confirmação de 2/3 de seus integrantes. Esse quorum qualificado de Ministros, previsto no art. 103-A, *caput*, da CF, com redação da EC 45/2004, não é apenas para instalação da sessão plenária de julgamento, mas para aprovação da súmula, ou seja, os votos da maioria qualificada de 8 Ministros, dentre todos os membros integrantes do STF (art.1º, § 3º, da Lei nº 11.417/2006), ao contrário do quorum mínimo para instalação da sessão em ADIns e ADCs, que será de no mínimo 2/3, devendo estar presentes, no mínimo, 8 Ministros, mas a decisão tomada poderá ocorrer por maioria mínima dos votos de 6 Ministros (arts. 22 e 23, da Lei nº 9.868/99). Interessante anotar que, a respeito da transformação das súmulas do STF, hoje existentes, em vinculantes, nenhuma linha referiu a Lei nº 11.417/2006, que regulamentou o dispositivo constitucional, prevalecendo, destarte, a aplicação direta do art. 8º da EC nº 45/2004, que prevê a confirmação das súmulas persuasivas, para produzirem efeito vinculativo, por maioria de 2/3 dos integrantes do STF. Vale lembrar que as **súmulas não-vinculantes ou persuasivas**, que não obtiverem quorum mínimo de confirmação, permanecerão válidas e úteis como orientação da tendência jurisprudencial do STF, porém, sem autorizar o recurso à **reclamação**, mantendo-se em

²⁹⁰ Cf. LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da “Súmula do STF.” **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 553, nov. 1981, p. 289 (trecho da citação no texto) e 293, valendo conferir o seguinte excerto: “[...] a Súmula realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência..., ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação, “para a inteligência geral e perpétua da lei” e a virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada [...]. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a súmula substitui a **loteria judiciária** das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito.” (grifamos) ROSAS, Do assento..., p. 20, lembra, também, a tentativa frustrada de um anteprojeto de lei geral de aplicação das normas jurídicas elaborado pelo Prof. Haroldo Valladão, inspirado nos assentos e prejudgados.

vigor ainda, nesse caso, os termos do art. 102, § 1º, do RISTF (os votos de 6 Ministros, maioria absoluta, podem aprovar súmulas sem efeito vinculante).

Haverá um **juízo de deliberação** sobre a atualidade do seu conteúdo, passando as súmulas existentes por uma revisão, já que não foram concebidas para terem carga eficaz tão extensa (vinculantes), especialmente com a explicitação dos seus **fundamentos jurídicos**, tudo para possibilitar o cotejo analítico do paradigma vinculante com as hipóteses vertentes, em eventual pedido de reclamação. Por outro lado, as súmulas dos demais Tribunais Superiores seguirão com sua **força persuasiva** e efeitos autorizados por regras processuais e regimentais, tais como os poderes do relator, arts. 557 e 557, § 1º-A, do CPC; inoportunidade do reexame necessário quando a sentença funda-se em jurisprudência do plenário do STF, ou súmula do Tribunal de Justiça ou de tribunal superior competente, art. 475, § 3º, do CPC; os poderes do relator para prover, de plano, agravo em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do STJ, art. 544, § 3º, CPC, ou o mesmo poder no caso do agravo do art. 527, I, CPC; o poder de o juiz não receber apelação contra sentença em conformidade com súmula do STJ e STF, art. 518, § 1º, CPC, com redação da Lei nº 11.276/2006, podendo-se referir o art. 285-A do CPC, com redação da Lei nº 11.277/2006, que instituiu a **sentença vinculante impeditiva do curso do processo** em primeiro grau, quando o juízo já houver julgado a improcedência de casos idênticos e a matéria for unicamente de direito (o Conselho Federal da OAB ajuizou a ADIn nº 3695 contra a íntegra dessa lei, por violação aos princípios da isonomia, segurança jurídica, direito de ação, contraditório e o devido processo legal); a impossibilidade de recurso especial por dissídio pretoriano, nos casos de jurisprudência pacificada, arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, do RISTJ e Súmula 83, do STJ; a permissão de o relator, no STJ e no STF, decidirem sobre pedido que contrarie súmula do respectivo tribunal, em matéria de direito, art. 38, da Lei nº 8.038/90; idem no art. 34, inciso XVIII, do RISTJ e 21, §§ 1º e 2º, do RISTF, etc. Com relação ao Superior Tribunal de Justiça, o Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000, na parte que não foi aprovado e retornou à Câmara, contempla a alteração do art. 105-A, prevendo a fórmula da **súmula impeditiva de recurso**, mecanismo que obsta o trânsito dos recursos excepcionais à Corte Especial com efeitos similares à nova redação do art. 518, § 1º, do CPC.

Existe o interesse público em que o dissenso pretoriano seja prevenido ou, pelo menos, superado, sob pena de se criar clima de insegurança, pois as causas com questão de direito idêntica dependeriam do sorteio na distribuição dos feitos para receberem a justiça do caso concreto; de instabilidade nas relações jurídicas e de desprestígio para a ordem jurídica. A **jurisprudência**

lotérica, com seus efeitos perversos, não dá garantia de **tratamento isonômico** aos efetivamente iguais. A lide contendo pura matéria de direito acarreta, hoje, uma angústia porque terá seu desfecho com resultado imprevisível e sem definição de tempo razoável para solução final. Outra finalidade da **súmula vinculante** é a de aliviar a **sobrecarga** que congestiona os tribunais, especialmente o STF, com milhares de recursos repetitivos, multiplicação geométrica de demandas desnecessárias e protelatórias, sobre a mesma questão já decidida. Um papel importante que lhe foi reservado é o de prevenir lides forenses, influenciando, pedagogicamente, *pro futuro*, na contenção do nascimento de feitos infrutíferos. A **súmula vinculante** soma-se a um contexto processual que busca agregar uma resposta judiciária tempestiva (celeridade – *time-saving*), justa, econômica e **razoavelmente previsível** (*certainty*).²⁹¹

A rigor, o art. 103-A, com redação da EC 45/2004, agregou ao nosso sistema de controle normativo um novo **modelo de solução concentrada de conflitos coletivos**. A interpretação com **força vinculativa**, acerca da correta aplicação da norma constitucional, ou a solução da matéria constitucional controvertida, multiplicada em milhares de recursos, em causas idênticas, com trâmite nos Tribunais e juízos de primeiro grau, será dada de forma derradeira e monopolizada pelo STF, em verdadeira **solução de massa**. Essa missão importante do STF como guardião da Constituição, não poderá ser avocada ou usurpada por nenhum juiz ou tribunal inferior. Com relação à matéria versada nas súmulas vinculantes, o controle difuso, nos moldes como é praticado no Brasil, onde os magistrados ostentam, também, a competência para **rejeição incidental** de normas, ficou enfraquecido, porque não poderá o magistrado decretar a invalidade onde o STF sumulou a validade, por exemplo. Não existe, entre nós, o **dever de apresentação** da controvérsia ao Tribunal Constitucional, mas o mecanismo da **reclamação** foi estabelecido pelo legislador constitucional, para afastar o ato judicial ou ato administrativo contrário à súmula, **concentrando-se na competência** do próprio STF, a anulação do ato administrativo ou cassação da decisão judicial que suscita insegurança jurídica no tratamento coletivo igualitário das questões repetidas (art. 103-A, 3º).

²⁹¹ O precedente vinculativo foi adotado em várias constituições como: **Constituição de Portugal de 1976/1982**, art. 119º, número 1, letra “g”; **Constituição Argentina de 1949**, art. 95 e a **Constituição do México**, art. 107, n. XIII, conforme SAMPAIO, O Supremo Tribunal Federal..., p. 13-14.

7.2 Objeto da Súmula

Necessário que se atente à matéria que se está sumulando e o modo como serão redigidos os enunciados das súmulas, assunto que não foi delineado pela lei ordinária integradora, Lei nº 11.417/2006, editada para dar plena eficácia ao art. 103-A, *caput*, parte final, da CF, com a redação da EC nº 45/2004. A proposta de **súmula vinculante** dirá respeito apenas à **matéria constitucional** reiteradamente decidida (**iterativa jurisprudência**) e poderá ser feita, de ofício, pelos próprios integrantes do STF ou pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade que querem sua **aprovação** (art. 103-A, § 2º, da CF e art. 3º, incisos I a XI, da Lei nº 11.417/2006). A novidade da legislação infraconstitucional foi a inclusão do Defensor Público-Geral da União e dos Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares como **legitimados** a propor a **edição**, de enunciado de **súmula vinculante**, sendo que não são esses, contudo, também autorizados a propor ADIns. O Município, quando for parte em processo, poderá, incidentalmente, propor a **edição** de súmula vinculativa, sem que isso autorize a suspensão do processo, sendo mais um legitimado que não consta dentre aqueles autorizados ao ajuizamento de ADIn, junto ao STF (art. 3º, § 1º, Lei nº 11.417/2006). Os mesmos legitimados à **edição** retrocitados, poderão propor a **revisão** ou o **cancelamento** de enunciado de súmula vinculante, denotando flexibilidade e plasticidade próprios do **direito jurisprudencial** (art. 103, § 2º, CF e art. 3º, incisos I a XI, da Lei nº 11.417/2006). Embora houvesse abertura ao legislador ordinário para que, quando da regulamentação do dispositivo, pudesse estender a legitimação para edição, revisão ou cancelamento da súmula, inclusive ao particular ou parte em litígio individual de repercussão geral, a Lei nº 11.417/2006 não teve esse alcance esperado. Foi tímida nesse ponto, porque, muitas vezes, a controvérsia constitucional surge, acirradamente, em apenas um Estado da federação, onde o Tribunal local nega-se a proceder, internamente, a uniformização da jurisprudência contraditória entre suas próprias Câmaras. Além disso, de regra, a Presidência do Tribunal local tranca o seguimento da matéria, ao realizar o exame dos requisitos de admissibilidade de recurso extraordinário dirigido ao STF, sob os mais variados fundamentos, quando a causa repetitiva deveria merecer trânsito para que o Órgão de cúpula do Poder Judiciário a decidisse de forma definitiva e uniformemente para todos (art. 26 da Lei nº 8.038/90). Ora, nessa hipótese, quem melhor que o próprio particular interessado em obter segurança jurídica poderia propor a edição de súmula? Certo que a causa com potencial de se multiplicar, repetidamente, em outros Estados da federação, será nova para o STF quando for conhecido o primeiro agravo contra o

juízo de admissibilidade negativo do Tribunal local, mas a parte recorrente, com mais condições que os demais legitimados, ao demonstrar a **repercussão geral** que terá a decisão de seu processo pelo STF, mereceria sobradas justificativas para também figurar como titular do direito de provocar a **edição** de nova súmula vinculante ao foro competente e concentrado do STF.

A validade, interpretação e a eficácia de **normas determinadas**, a cujo respeito haja **controvérsia atual**²⁹² entre órgãos judiciários (art. 92, CF) ou desses em relação à administração pública (entre duas autarquias federais, por exemplo, não cabe na espécie); pode se referir a texto positivado ou princípio não-escrito da Constituição Federal, a uma norma de cunho material ou instrumental e de âmbito federal, estadual ou municipal (art. 103-A, § 1º)²⁹³. Na interpretação desse dispositivo deve-se ressaltar a condicionalidade de que a questão controvertida não seja uma qualquer, assim considerada pela parte interessada, mas que seja somente daquelas que cause **grave insegurança e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica**. A diversidade de interpretações implica que um dos valores funcionais do direito, **a certeza**, fique abalado, sendo as idéias de **previsibilidade e segurança** inerentes à idéia de direito (*certainty*).²⁹⁴ O que pode ser sumulado são **posicionamentos/entendimentos jurídicos** contendo o alcance das regras que foram objeto da súmula. Essas **teses** devem ser aplicadas a fatos cujos “aspectos que têm conseqüências

²⁹² Sobre o significado do termo **controvérsia** na evolução de nossa jurisdição constitucional, vide item **6.2.3 (Requisitos Procedimentais do Controle Difuso)**. A competência do Tribunal Constitucional Federal alemão para julgamento de **controvérsias entre órgãos judiciários** tem previsão no art. 93, da Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, constando na alínea 2: “2. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou direito estadual com esta lei fundamental [...]”(HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135). Essa regra, assim como a da EC nº 45/2004, que concentra em nosso Tribunal Supremo (STF), centraliza no Tribunal Constitucional Federal (Alemanha), a unívoca interpretação da Constituição.

²⁹³ MANCUSO, **Súmula Vinculante...**, p. 710-711. A questão controvertida constitucional diz respeito à **violação ou contrariedade da Constituição** (art. 102, III, letra a, CF), podendo assim ser entendida, já que se refere, de regra, a casos de divergência pretoriana que apontarão no STF por meio de recurso extraordinário, no controle difuso de normas, valendo aqui, portanto, **o conceito que se deve ter por Constituição**, e os ensinamentos de Hans Kelsen, Adolfo Posada, Konrad Hesse, Otto Bachof, dentre outros, referidos nesse trabalho, constantes do item **3 (Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional)**, para onde remetemos o leitor e cujas considerações tem inteira aplicação neste tópico, porquanto a súmula também será forma de **garantia da normatividade da Constituição**, com a **uniformização da jurisprudência**. Existe, pois, a conveniência de centralização do julgamento do direito ordinário (controle de atos normativos incidentalmente em processos subjetivos) e constitucional (controle normativo diretamente em processos objetivos) que, no Brasil, são feitos no mesmo tribunal (tribunal de revisão ou integrado), tendo como guardião último o STF, não existindo tribunal especial (instância específica ou especial) somente para questões *in abstracto* de direito constitucional (um Tribunal Constitucional específico). Sobre último ponto, consulte-se MAURER, **A revisão...** Este artigo foi traduzido do alemão por Luís Afonso Heck, com quem se obteve os originais para esta nota de referência. Também HECK, **O controle...**, p. 58.

²⁹⁴ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 144-145.

jurídicas possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvem peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação de respectivo regime jurídico.”²⁹⁵

7.3 Característica de Norma Geral do Poder Judiciário. Direito Jurisprudencial em Cotejo com o Direito Legislativo

A EC nº 45/2004 dotou a **súmula de força ou eficácia contra todos e efeito vinculante**, o que significa que a solução para determinada matéria, de ocorrência reiterada e idêntica nas Cortes, se projetará, com sua eficácia decisória, para outros litígios, cumprindo uma função equivalente à eficácia da norma legal geral.²⁹⁶ Tanto a norma legislativa geral, como a **súmula vinculante**, possuem uma característica comum que é a **força obrigatória universal, abstrata e impessoal**.²⁹⁷ A **súmula vinculante** tem sua incidência no âmbito da função judicial do Estado *ex post facto*, enquanto a lei opera abstratamente nas relações diretas entre as pessoas e destas com o Estado. A súmula deve ter menos abertura semântica que a lei, e não pode gerar dúvidas interpretativas quanto aos casos de sua aplicação, enquanto a lei, no âmbito dos seus vários significados verbais traçados na moldura ou quadro de interpretações possíveis, normalmente não se presta a uma única e correta possibilidade de captação do conteúdo semântico da norma.

Existe, assim, o entendimento de que não se pode tomar a nuvem por Juno, porquanto não há uma equiparação entre as duas fontes do direito. A **súmula vinculante** tem por objeto uma

²⁹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e Súmula Vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004. In: REFORMA do judiciário: primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 384-385.

²⁹⁶ Note-se que, ao lado da ADIn, ADC, reguladas na Lei nº 9.868/99, art. 28, parágrafo único e da ADPF, Lei nº 9.882/99, art. 10, § 3º, que prevêem, expressamente, a eficácia contra todos e o efeito vinculante, mais esse dispositivo veio corroborar o instituto do **efeito vinculante** em matéria constitucional. De registrar, também, a ADIn 2.231-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-12-01, **DJ** 17 dez. 2000, enfrentando a interpretação do art. 10, *caput*, e § 3º, da Lei nº 9.882/99, onde o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que **o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º)**. Em síntese, o Min. Néri da Silveira considerou que, à primeira vista, a Lei nº 9.882/99 é constitucional na parte em que cuida do processo de natureza objetiva, e que a suspensão cautelar dos dispositivos por ele mencionados não esvaziaria a Lei em sua íntegra. Nesse julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando que é relator de duas ações diretas (2.154-DF e 2.558-DF) que têm questões em comum com a ADIn 2.231-MC, pediu vista dos autos.

²⁹⁷ Na ADI 3.345/DF, de 25.8.2005, o Ministro-relator, Celso de Mello, resumiu o que o STF considera como requisitos essenciais que conferem aptidão para uma norma atuar no plano do direito positivo, revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou de condutas individuais: **autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade**.

norma jurídica cujo alcance e sentido cumpre-lhe deslindar, explicitando-lhe a validade, interpretação e eficácia, em consequência, não pode, logicamente, reduzir-se à própria norma, nem se confundir com esta, pois dela depende. A súmula não se assemelha à norma legal de caráter geral como **fonte primária ou formal** de direito²⁹⁸, tanto que a infringência de súmula, com decisão transitada em julgado, não pode desafiar ação rescisória por violação a literal disposição de lei, art. 485, V, do CPC. Conforme assevera Cândido Rangel Dinamarco, a súmula “está hierarquicamente abaixo da lei que especifica. Quando a súmula se referir a texto constitucional, dar-se-á o mesmo sempre que seja alterado ou ab-rogado. Mas, porque o que ela contém é projeção da própria Constituição Federal, não tem a lei o Poder de alterar-lhe o significado, ou revogá-la, alterá-la, prejudicá-la. Ela também é, em menor, uma norma constitucional.”²⁹⁹ Ademais, as súmulas que se referirem à matéria constitucional e que necessitem da concorrência de disposição legislativa para correta interpretação da CF (leis regulamentadoras, de mediação), uma vez advindo proposição normativa em sentido diverso daquele sumulado, acabam perdendo sua eficácia (perda de objeto) diante da prevalência do direito legislativo. A súmula não existe sem a lei, constituindo-se em meio jurisprudencial de integração da plenitude da ordem jurídica e vincula porque seu objeto é o processo de interpretação da lei em face da Constituição, cujo alcance e sentido é descortinado, consolidando-se a força normativa da CF na última palavra do STF, seu derradeiro guardião.

Diversa é a consideração do Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, quando da apreciação do pedido de medida cautelar, na ADIn 594, em 19 de fevereiro de 1992, ao lembrar que o momento mais inequívoco de outorga de **força normativa a uma decisão judiciária**, ocorreu com o instituto da **representação interpretativa**, em tese, de leis ou atos normativos federais ou estaduais pelo Procurador-Geral da República ao STF, outorgado pela EC n° 7/77 (mais tarde abandonado), porque a tarefa do Pretório Excelso era mais legislativa do que de jurisdição, acrescentando “[...] nela não se concretiza, como é próprio da sentença judicial, a norma individual de um caso concreto, mas norma geral – seja, embora, a título de interpretação de disposição legal preexistente – para reger compulsoriamente a solução de casos futuros, vinculando à sua observância [...] todos os demais órgãos da jurisdição.”³⁰⁰

²⁹⁸ Vide HECK, As fontes..., p. 67.

²⁹⁹ MANCUSO, Súmula vinculante..., p. 708.

³⁰⁰ RTJ 151/20.

O próprio Kelsen, quem elaborou uma teoria do direito com estrutura escalonada da ordem jurídica e que incluiu, no escalão primário, as normas gerais do legislativo e, no escalão secundário, as normas individuais em nível concreto, corrobora o **papel criativo dos tribunais**:

A função criadora do direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes [...] Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa.³⁰¹

Ao mesmo tempo em que encontramos na doutrina aqueles que reputam a edição de **súmulas de efeitos vinculativos** uma função tipicamente legislativa, não pode ser olvidado que, quando a Constituição determina, no essencial, de que modo uma lei deve realizar-se, sob o aspecto material, o **dador de leis ou legislador**, na medida em que concretize o significado verbal traçado na Constituição, num **processo legislativo** do escalão superior para um escalão inferior, por meio de edição de decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos, caracteriza, também, uma **atividade de aplicação do direito**. Essa tarefa de interpretação é uma operação mental que acompanha o **processo de aplicação** do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior e é semelhante ao processo de descoberta do conteúdo que o **jugador** deve dar à norma individual de uma sentença judicial, evidenciando-se que o **legislador também aplica** o Direito, não apenas cria, conforme observa Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*.³⁰² No fundo, a diferença entre a atividade do dador de leis ou legislador e a do julgador é uma diferença somente **quantitativa, não qualitativa**, onde os dois criam o direito, mas o juiz é menos livre para criar o direito que o legislador, porque mais vinculado que este, materialmente, à moldura da norma geral, quando da obtenção da norma individual no processo de **aplicação da lei**. São **duas variantes do mesmo erro**, então não seria pelo argumento do poder de criação do direito que a súmula vinculante demarcaria o ingresso de nosso ordenamento jurídico nos sistemas da família do *common law*.³⁰³

³⁰¹ Sobre os escalões do ordenamento jurídico, ver KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 240-254.

³⁰² Entendendo a súmula vinculante como uma função tipicamente legislativa exercida pelos julgadores, vide SAMPAIO, O Supremo Tribunal Federal..., p. 18, 1985. Para conferir a posição de KELSEN, op. cit., p. 363, p. 368 e p. 359, no Capítulo VIII, **A Interpretação**.

³⁰³ Cf. KELSEN, **Jurisdição...**, p. 251: “A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a ‘verdadeira’ jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação. **Entre**

Sucedem que a **súmula vinculante** resulta do último ato do processo de produção jurídica, ou seja, criação de normas individuais por meio das decisões judiciais. A diferença é que a norma individual obtida no controle difuso realizado no bojo de uma causa individual, porque esta vem multiplicada em milhares de outras causas idênticas, torna-se uma **controvérsia constitucional** cujo significado interpretativo da solução coletiva é determinado univocamente pelo STF. Em verdade, o ato judicial dito criador de normas é, em si, um **ato aplicador** da norma constitucional por um órgão que recebeu essa autorização ou competência de um legislador superior. O órgão aplicador do direito interpreta cognoscitivamente o Direito Constitucional e por um **ato de vontade** efetua uma escolha entre as várias significações verbais ou possibilidades reveladas pela norma, produzindo-se uma fórmula decisória compreendida na redação do texto que sirva como decisão para todos os casos repetidos. Neste ponto, cabe a invocação dos ensinamentos de Gadamer, quando enfrenta o **problema hermenêutico da aplicação**, dizendo que esse problema recebe um significado sistemático, havendo **unidade interna** ou fusão entre **compreensão, interpretação e aplicação**. E a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, mas compreender é sempre interpretar, logo, interpretação é a forma explícita da compreensão. A aplicação é um momento do processo hermenêutico (processo unitário), tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação. Os três juntos comportam o **conceito pleno de hermenêutica**.³⁰⁴

São inconfundíveis funções legislativa e judicial. O fato de que a reiteração de decisões em torno da aplicação da Constituição indique a necessidade de uma sintetização do tema constitucional sob julgamento e a racionalização da aplicação, dotando-a de força vinculativa e efeitos gerais, extraído-se uma forma de solução concentrada para conflitos de massa, não significa uma equiparação ao próprio legislador, nem usurpação da primazia da função concretizadora do legislador. Como vimos com Gadamer, no parágrafo acima, a tarefa hermenêutica do STF na edição de enunciados de súmula vinculante é a de explicitar, com força obrigatória e geral, o verdadeiro sentido das normas constitucionais e, por consequência, derogando, excluindo, anulando ou mesmo fulminando as inteligências jurisprudenciais divergentes e contrárias. A atividade sumular do STF equivale, nessas condições, de forma similar ao desenvolvimento de Kelsen, à atividade do **legislador negativo** da jurisdição constitucional, função desenvolvida como um tribunal em geral num processo unitário hermenêutico de **compreensão, interpretação e aplicação**, e somente em

o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. Se fosse da natureza da jurisdição não ser política, então seria impossível uma jurisdição internacional [...]” (grifamos).

³⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 459-461.

pequena medida de criação do direito. Como legislador negativo o STF, ao determinar o sentido unívoco da Constituição enunciado na súmula, retira, paralisa ou neutraliza os atos sentenciados divergentes da orientação por si adotada, o que está muito distante de substituir a função do legislador positivo, porque este prioritariamente cria o direito legislado.³⁰⁵

A **súmula vinculante** vem atrelada ao mecanismo da **reclamação**, garantindo a autoridade das decisões do STF e preservando sua competência para editar os enunciados obrigatórios (arts. 102, I, “I”, 161, do RISTF; 7º, da Lei nº 11.417/2006 e 103-A, § 3º, EC nº 45/2004). Antes da súmula vinculante, a **reclamação** limitava-se a cassar ou tornar ineficaz decisão inferior exorbitante, para que outra fosse proferida, sem reformá-la ou anulá-la.³⁰⁶ Com a EC nº 45/2004, sendo acolhida a reclamação contra o erro de procedimento de juiz ou tribunal inferior (decisão judicial), ou ato da administração que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula (para o caso de desrespeito ou de aplicação indevida da súmula vinculante, vide art. 7º, § 2º da Lei nº 11.417/2006). Não se trata de recurso, nem caberá quando já houver transitado em julgado o ato judicial atacado, mas constitui-se em **medida jurisdicional**, não administrativa, que inclusive fica acobertada pelos efeitos da coisa julgada.³⁰⁷ Violar a súmula é mais que violar a jurisprudência dominante, o que hoje é permitido, mas significa, com a EC nº 45/2004, violar a própria Constituição. Em verdade sucedem duas contrariedades. Nega-se vigência não somente ao teor do enunciado da **súmula vinculante** quanto à matéria constitucional sintetizada, que se tornou paradigma, mas também ocorre afronta à prescrição normativa do art. 103-A, com a redação da EC nº 45/2004.

³⁰⁵ De uma certa maneira, repete-se, aqui, o debate sobre a atividade do **legislador negativo** em matéria de jurisdição constitucional, valendo invocar os subsídios da teoria arquitetada por Kelsen, guardadas as singularidades, porque aquele jusfilósofo já percebia tratar-se, predominantemente, de um **ato de aplicação**, embora em pequena medida um **ato de criação do Direito**. Consulte-se: “É aqui que aparece a distinção entre elaboração e a simples anulação [**nulificabilidade**] das leis. A anulação [**nulificabilidade**] de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua **função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional**” (KELSEN, *Jurisdição...*, p. 153. grifamos).

³⁰⁶ De acordo com a atual Súmula nº 734, do STF, o processo deveria estar em andamento, sem decisão definitiva: Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

³⁰⁷ MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, *Repercussão geral...*, p. 387. Conforme vimos no sub-item **6.1 (Controle Concentrado)**, a **reclamação**, segundo entendimento do STF, vem evoluindo como instituto com qualidade de **ação especial constitucional**, voltada à garantia das decisões e da competência do STF (MC em Recl. 4.987-6-PE).

Merece registro, outrossim, que a norma constitucional inscrita no art. 103-A, com a redação da EC nº 45/2004, sendo norma do tipo *non-self executing*, teve a regulação do seu objeto, modo e forma de aplicação, pelo legislador infraconstitucional (*interpositio legislationis*), mediação essa feita pela Lei nº 11.417, publicada em 20 de dezembro de 2006, para entrada em vigor três (3) meses após essa data, ressalvando, entretanto, o art. 4º da Lei, que a súmula com efeito vinculante poderá ter sua eficácia imediata **restringida** para iniciar em outro momento, tendo em vista razões de **segurança jurídica** ou de **excepcional interesse público**. Trata-se, aqui, a exemplo do que examinaremos mais adiante, no item **8.2 Limites à Eficácia Ex Tunc**, da mesma hipótese normativa prevista no art. 27, da Lei nº 9.868/99, que trata da outorga de efeitos prospectivos ou modulação da eficácia temporal da decisão na ADIn e na ADC, quando será necessária a conformação de norma extremamente aberta para situações concretas. Remetemos o leitor para aquele ponto deste trabalho, porque as considerações lá expendidas têm inteira aplicação ao dispositivo em tela, anotando-se que o legislador ordinário, desta vez, andou bem ao consignar na norma, **interesse público**, e não **interesse social**, como ocorreu com a Lei nº 9.868/99, abreviando, com isso, se dissipem energias para identificar o conteúdo preciso de cada conceito jurídico, em prejuízo da maior efetividade que a proposição normativa teria, se no art. 27 da Lei nº 9.868/99 constasse apenas o termo abrangente **interesse público**.

7.4 Súmula Vinculante. Efeito Vinculante e Efeitos Transcendentes

Assente que o entendimento previsto no **precedente vinculativo**, nos limites em que ele foi editado, deverá ser adotado por todos os demais juízes e tribunais, sendo, também, dever da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal acolhê-lo. Podemos definir o comando obrigatório da súmula de **poder vinculante**, cujo conceito, ora proposto, é o seguinte: a capacidade outorgada pela Constituição de dotar os provimentos judiciais sumulados pelo STF, para irradiar eficácia normativa transcendental obrigatória paralisante da liberdade julgadora das instâncias inferiores e da atividade da Administração Pública, impondo idêntico perfilhamento no julgamento de causas repetitivas.

A frequência com que os temas que invocam a prestação jurisdicional do Estado aparecem nos tribunais trabalhistas, levou à edição da Medida Provisória 2.226/2001, dando a seguinte redação ao art. 896-A da CLT: “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará

previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.” Trata-se do primeiro texto legal positivo a contemplar a necessidade da utilização da expansão, para mais de um processo, das decisões paradigmas em questões repetitivas e a cunhar o vocábulo da **transcendentalidade**, como critério de racionalização dos serviços de prestação de justiça pelos tribunais.³⁰⁸

Quando examinamos, supra, que o STF admitiu o **fenômeno da transcendência** (item **6.2.5 A Força de Lei e o Efeito Vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**), no julgamento de processo incidental, controle difuso de normas, RE 197.917-SP, e na ADI 3.345-DF, relativo ao número máximo de vereadores em cada município brasileiro; vimos que a interpretação do inciso IV do artigo 29 da CF, que disciplina a quantidade máxima de vereadores, proporcionalmente ao número de habitantes (letras *a*, *b* e *c* do inciso IV), seria aquela determinada pelo STF (de que os municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes), independentemente das balizas moralizantes para despesa máxima com pessoal, a ser observada em qualquer Câmara de Vereadores do Brasil, prevista na EC nº 25/2000 e na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000.³⁰⁹ De anotar que o Min. Marco Aurélio Melo, ao examinar a

³⁰⁸ A **eficácia transcendental** ou **transcendência** de que falamos aqui, tem referência ao tema que será levado a julgamento pelo STF, para **univocidade de entendimento** e **crystalização** por meio de um enunciado com força vinculativa, dizendo respeito, destarte, aos efeitos que terão os fatos após um sentido interpretativo aplicado a casos com julgamento divergente de conteúdo constitucional. Tal não se confunde com a **cláusula geral** da “**repercussão geral das questões constitucionais**” prevista no art. 102, § 3º, da CF, com a redação da EC nº 45/2004, *verbis*: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Nesse enunciado normativo, a Constituição criou uma figura nova no panorama do STF, o que demonstra a força crescente do Poder Judiciário com o surgimento de um **novo requisito de admissibilidade** para conhecimento do recurso extraordinário interposto pelas partes (art. 102, III, a,b,c e d, CF), acrescentando-o à já complexa gama de óbices sumulares, regimentais e legais que existem para conhecimento do apelo extremo. Assistimos, portanto, com a Reforma do Judiciário, algo como o retorno da “**arguição de relevância**” que existia no sistema constitucional anterior à Constituição de 1988. A recente Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, publicada em 20 de dezembro de 2006, para entrada em vigor em 60 dias após a publicação, acrescenta os arts. 543-A e 543-B ao CPC, regulamentando, dessa forma, o art. 102, § 3º, da CF. O recorrente extraordinário deverá demonstrar, em preliminar do recurso, a **repercussão geral** das questões discutidas (art. 543-A, CPC), para obter o trânsito recursal em sede de **juízo de admissibilidade** e assim merecer o conhecimento da insurgência pelo STF. Somente matérias que, do ponto de vista social tenham interesse público reconhecido, ultrapassando, pois, o interesse meramente individual, poderão ser examinadas naquele Tribunal (art. 543-A, § 1º: Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa). Existe, portanto, estreita similitude da cláusula geral da **repercussão geral** com a **transcendência** para a admissão do recurso de revista pelo TST, na Justiça do Trabalho (art. 896-A, CLT). Depois de admitida a **repercussão geral** e julgado o caso no STF, haverá a possibilidade de que seja sumulado vinculativamente e, aí sim, haverá **transcendência da vinculatividade** a todas as demais causas, coisa bem diferente da **transcendência** para a admissão recursal.

³⁰⁹ De registrar-se notícia publicada no dia 20.11.2006, página 2 (Política), no *Jornal Correio do Povo*, de Porto Alegre, de estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal demonstrando que os gastos das prefeituras com o Legislativo subiram mesmo depois de a Justiça ter ordenado, no ano de 2005, a diminuição do número de vereadores. Segundo a nota informativa, em 2005, houve queda de 16,48% no total de vereadores, mas as despesas cresceram 7,58% ante 2004. No Rio Grande do Sul, o município de Montenegro, por exemplo, perdeu uma cadeira, mas gastou 48,93% a mais. Quer dizer, não surtiu efeito o argumento moralizante que fundamentou a decisão.

Resolução 21.702/2004, do TSE, limitando o número de edis, entendeu que aquele tribunal extrapolou sua competência, pois a incumbência de fixar o número, observados os limites mínimo e máximo previstos no art. 29, inciso IV, da CF, seria de cada Câmara de Vereadores, por meio da Lei Orgânica dos Municípios. A decisão do Plenário do STF sobre a controvérsia constitucional conferiu o denominado **efeito transcendente aos motivos determinantes** subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida no julgamento do RE 197.917-SP, segundo o qual, haveria **efeito vinculante** emergente não só no concernente à **parte dispositiva** da sentença, mas da própria *ratio decidendi* (o STF equipara a *ratio decidendi* aos **fundamentos determinantes**) que motivou o julgamento no precedente mencionado. A justificativa do STF foi de que exerceu prerrogativa extraordinária que lhe é atribuída por deter monopólio da última palavra, em sede e interpretação constitucional³¹⁰. Confirma-se aqui o qualificativo que a doutrina vem atribuindo ao STF de órgão de **suprapoder**.³¹¹

³¹⁰ Ver ADIn 3.345-DF, rel. Min. Celso de Mello, 25.8.2005 e julgamento definitivo em 13.09.2006, entendendo inconstitucional o art. 152, inciso I a VIII, da Constituição maranhense, que fixou o número de vereadores dos municípios do Estado. Vale transcrever excerto do voto do relator: “Ao assim proceder, o Tribunal Superior Eleitoral, atuando em sua condição de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral – o que lhe confere responsabilidade pela realização e supervisão das eleições em nosso País -, objetivou dissipar dúvidas que pudessem fazer instaurar, no processo das eleições municipais, grave situação de insegurança jurídica a propósito de controvérsia que esta Suprema Corte acabara de resolver em julgamento plenário no qual o Supremo **exerceu a prerrogativa extraordinária que lhe atribui, em sede de interpretação constitucional, o monopólio da última palavra.**

Na realidade, o Tribunal Superior Eleitoral, expondo-se à eficácia irradiante dos **motivos determinantes** que fundamentaram o mencionado julgamento plenário do RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, submeteu-se, na elaboração do ato ora questionado, ao princípio da força normativa da Constituição, que representa diretriz relevante no processo de interpretação concretizante do texto constitucional” (Em março de 2004, o STF definiu critérios para a definição do limite de vereadores segundo o número de habitantes dos municípios, conforme as três faixas populacionais definidas pelo artigo 29, da CF. Ao julgar o RE 197917, da cidade de Mira Estrela (SP), o STF adotou a fórmula segundo a qual os **municípios têm direito a um vereador para cada 47.619 habitantes**). Importante salientar que a concepção de **efeito vinculante**, consagrada pela EC nº 3/93, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional alemão, com a diferença que, enquanto na Alemanha as decisões vinculam somente os órgãos constitucionais da Federação e dos estados, tribunais e autoridades (poder público), no Brasil, as decisões vinculam além dos órgãos do Poder Judiciário e administração pública direta e indireta dos três níveis da federação, também todas as pessoas naturais (cidadãos) ou jurídicas (art. 102, III, § 2º, CF e 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99). Outrossim, o **efeito vinculante**, consoante entendimento jurisprudencial do STF, não se limita à parte dispositiva, mas aos **fundamentos determinantes da decisão (tragende Gründe)** e não **motivos determinantes**, nomenclatura essa que insiste o STF seja lida como **fundamentos determinantes**. Diz o próprio Gilmar Ferreira Mendes, hoje Ministro daquela Corte: “Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão (Tenor, Entscheidungsformel), sustenta o Bundesverfassungsgericht que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (tragende Gründe). Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (Tenor) e dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros” (MENDES, O efeito... e sub-item **6.2.5 (A Força de Lei e o Efeito Vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal)**, valendo registrar a observação de Luís Afonso Heck feita em pé-de-página desse sub-item de que o 1º Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão não perfilha o entendimento de que os **“fundamentos apoiadores”** também são vinculativos (Cf. HECK, **A nulificabilidade...**). Assim sendo, o STF não foi fiel às suas fontes (direito alemão) ao utilizar o termo **motivos** significando **fundamentos**.

³¹¹ MANCUSO, **Súmula...**, p. 712.

Na realidade, entendemos que o problema é outro que não a exorbitância da competência do STF.

O STF, como **Órgão Constitucional** autorizado a aplicar o Direito, exerceu sua tarefa cognoscitiva e interpretativa de fixar, por ato de vontade, dentre as várias significações verbais possíveis, no âmbito da moldura ou quadro da norma constitucional do art. 29, inciso IV, CF, a escolha daquele sentido possível que preenche a moldura do Direito Constitucional positivado, obtendo uma norma individual, no processo de aplicação da lei, ao RE 197.917-SP. O problema, em nossa ótica, está na **expansão dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada** e da **vinculatividade do acórdão aos demais processos semelhantes**, quando essa atividade concerne ao espaço de **liberdade conformadora** do legislador constitucional ou ordinário positivo. Esse espaço deve ser preservado, para que haja respeito recíproco entre as funções estatais na ordem fundamental constitucional. Dar curso expansivo *ultra partes* a uma das interpretações, dentre as possíveis, deixa de ser, então, um problema de Teoria do Direito e passa a ser questão de Política do Direito.

Notório que o exercício da função jurisdicional com efeito interpretativo unívoco e transcendental, previsto no novo regime constitucional da **súmula vinculante**, potencializa conflito, pelo menos aparente, com a orientação do STF, de estender os efeitos vinculantes e eficácia transcendente em sede de controle difuso de normas e à míngua de lei formal disciplinando a espécie (não sabemos, por exemplo, qual a esfera de direitos dos terceiros interessados, nem os efeitos anexos da coisa julgada, matérias essas, em geral, prefixadas por lei). Seriam, em última análise, dois regimes sumulares, ou, estranha e absurdamente, duas vias para edição de **sentenças normativas** pelo Tribunal de cúpula da federação, com força obrigatória e vinculativa, ambas desafiando **reclamação** em caso de desobediência (vide Reclamação nº 1.987/DF). O fato é que o STF, na sua prática jurisprudencial em relação às leis municipais, por exemplo (caso do número de vereadores de Mira Estrela-SP), fez mais que o próprio Constituinte Derivado na EC nº 45/2004. Isso porque este fez depender de lei regulamentadora posterior (Lei nº 11.417/2006, já publicada), a prática de **vincular precedentes judiciais** e o STF já havia antecipado, em diversos julgamentos, no controle difuso de normas, a vinculatividade e transcendência da idéia jurídica subjacente que serviu como razão de decidir, tudo sem lei específica para tanto e com maior amplitude que a própria **súmula vinculante**. Sendo assim, se não ocorreu exorbitância do STF com a prática de produzir e impor normas gerais a partir de um único caso concreto, em sede de controle difuso (no caso dos vereadores, o STF, a partir do julgamento de um caso individual, criou uma espécie de

norma judicial nova, para todos os casos análogos ou equivalentes), já que não recebeu competência para desempenhar função legislativa nessa hipótese, é de se indagar se foram, agora, recepcionadas aquelas sentenças normativas pela EC nº 45/2004, porquanto coincidentes, quanto à finalidade buscada, os dois mecanismos de controle de constitucionalidade peculiares somente àquele Tribunal Supremo (súmula e vinculação transcendente dos fundamentos determinantes no caso individual)? De ressaltar, apenas, para a súmula vinculativa, o acréscimo do requisito de que exista **a reiteração de decisões** inerentes ao conceito de jurisprudência dominante, exigência a que o STF não se submeteu, quando decidiu emprestar efeitos transcendentais aos **fundamentos determinantes** (expansão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada constitucional), nos casos concretos decididos em sede de controle difuso e incidental.

Apressamo-nos em externar nossa opinião, respondendo a indagação supra, que não se trata de um problema de recepção das decisões do STF ditas normativas frente à nova disciplina constitucional das **súmulas vinculantes**. A rigor coexistem, com certa sobreposição de funções, o regime jurídico dos enunciados sumulares vinculativos, com a experiência jurídica, ainda assistemática, carente de esclarecimento da conexão dos seus conceitos gerais e da veracidade de seus enunciados (verdade científico-metodológica), fundamentos, juízos ou proposições normativas, enfim, da prática ainda sem teorização analítico-científica da **transcendência dos fundamentos determinantes**. Esta prática jurisprudencial, ao nosso ver, funcionará como um recurso ao qual o STF poderá lançar mão, quando os requisitos do instituto da súmula vinculante não estiverem presentes à problemática de questões constitucionais que demandam solução com **vinculatividade universal**. Certo, de outra parte, que somente os ministros do STF é que monopolizam a iniciativa para revisar ou cancelar, quando assim entenderem, os critérios da **transcendência dos fundamentos determinantes vinculativos**; enquanto que a pluralidade dos legitimados para o procedimento de **edição, revisão ou cancelamento** de enunciado da súmula vinculante (art. 103-A, § 2º e 3º, da Lei nº 11.417/2006), determinam a abertura para a participação social no estabelecimento da vontade de Constituição.

Também não houve revogação, pela Lei nº 11.417/2006, que regulamentou o art. 103-A, § 3º da CF, com a redação dada pela EC nº 45/2004, do procedimento previsto para a **reclamação**, disciplinada pelos arts. 156 a 162, do RISTF, este último, com força de lei federal disciplinando a **“ação constitucional”** da **reclamação** (ver Medida Cautelar em Reclamação nº 4.987-6-PE). Embora a matéria venha, agora, tratada em lei ordinária, não mais pelo regimento interno do STF, o art. 7º e seus parágrafos, não se desarmonizam com o RISTF, especialmente no que tange à decisão

exorbitante de seu julgado (art. 161, III, do RISTF), o que significa o mesmo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente (art. 7º, *caput*, da Lei). Continuará sendo aplicado o RISTF para os casos que não se refiram a súmulas vinculantes, como nas hipóteses de usurpação da competência do STF (art. 161, II, do RISTF) e a Lei 11.417/2006, quando o processo se referir ao art. 103-A, § 3º. Serve de orientação os expressos termos do art. 10, da Lei nº 11.417/2006, que determina a aplicação **subsidiária** do RISTF para o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante. Por analogia, o mesmo critério deve ser empregado ao instituto da **reclamação**, aplicando-se, subsidiariamente, o RISTF. Em relação à omissão ou ato administrativo público contrário à súmula, o uso da reclamação só será admitido após o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º), matéria essa não tratada no RISTF, sendo, pois, inovação da Lei regulamentadora.

Outro ponto importantíssimo diz com a pluralidade de partícipes na fixação da vontade constitucional a ser dada pela interpretação sumular (art. 103-A, § 2º), já que no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir a **manifestação de terceiros na questão** (art. 3º, da Lei nº 11.417/2006), agregando-se, pois, ao leque de legitimados ativos determinados pela Lei, a experiência e o conhecimento de partícipes da vida comunitária estatal-jurídica. A abertura legal pluraliza o debate judicial no processo de elaboração da matéria sumulada, na medida em que permite a um maior número de atores processuais (pessoas racionais que dão fundamento e apóiam um constitucionalismo discursivo sustentado por Robert Alexy – ver o livro *Constitucionalismo Discursivo*, p. 16) a oportunidade de fornecerem argumentos válidos ou corretos que possam ser aceitos e para que haja uma **representação argumentativa** ideal do STF confirmada na realidade. Esse pluralismo à participação de entes personalizados já ocorre no artigo 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99, sobre o processo e julgamento da ADIn. Na expressão **terceiros**, portanto, não fica descartado sequer o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria, em **audiência pública** fixada para esse fim.

7.5 Similitude com o *Stare Decisis* ?

O Direito Constitucional certamente ingressa em uma nova fase. Mas não entendemos de todo correto a assertiva de que o novo instituto da **súmula vinculante** rompe com uma tradição

codicística, fundada no direito positivado em normas, e que entrega ao Órgão de cúpula da Justiça, a competência para **editar norma jurídica vinculativa** para todas as esferas judicantes e administrativas. Se assim fosse, seriam comandos normativos sem o concurso da vontade popular na formação democrática da lei – e, sobretudo, haveria um problema de escavação indevida do princípio representativo, de invasão à deliberação parlamentar.³¹²

Existe o entendimento de que a adoção da **súmula com efeitos vinculantes** sinalizaria uma tendência, no Direito Constitucional brasileiro, em direção ao **direito de criação judicial**, próprio dos modelos anglo-saxônicos do *common law*. Estaria ocorrendo o rompimento, lento e paulatino, com nosso modelo de tradição codicista, da família romano-germânica. Observar-se-ia, doravante, o **princípio do precedente judicial** (causas freqüentes ou repetitivas) com a idéia de se adotar a mesma tese jurídica utilizada para solucionar um caso específico, a todos os casos futuros análogos ao que foi julgado, ou seja, o regime do *stare decisis*, onde as decisões judiciais se baseiam nos mesmos princípios legais em que se basearam as outras proferidas anteriormente. Para os americanos não se trata de mera repetição acrítica, mas o que se torna paradigmático é a *ratio decidendi*, ou o **princípio jurídico** nuclear da decisão com base no qual o caso foi decidido e que será o parâmetro para regular direitos e obrigações futuros (*binding precedents*). A aplicação do **precedente judiciário**, no Direito norte-americano, não é automática, mas merece análise criteriosa para verificação da similaridade de fato e de direito, afastando-se da *ratio decidendi* outras cotas ou ponderações conhecidas como *dictum* ou *obiter dicta*. Relata José Carlos Barbosa Moreira que, às vezes, a Corte Suprema (ou mesmo os juízes) deixa de aplicar o precedente ao caso concreto, que à primeira vista seria análogo, indicando, motivadamente, as diferenças que, a seu ver, justificam outra atitude, utilizando-se, com isso, da técnica do *distinguishing*³¹³. Referindo-se ao princípio da fidelidade ao precedente – *a doutrina do stare decisis* – Bernard Schwartz, citando o Juiz Brandeis, assenta que é mais importante o estabelecimento da regra aplicável à decisão do caso, “[...] do que mesmo que ela seja estabelecida corretamente [...]”; porém, quanto a questões que envolvem a

³¹² Sobre o **princípio da representação democrática** ver FRIEDRICH, *Teoria...*, p. 251 et seq. e p. 402 et seq.; CANOTILHO, *Direito...*, p. 293 e a formação da vontade política direta do povo, HESSE, *Elementos...*, número de margem 145, p. 126.

³¹³ BARBOSA MOREIRA, A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo? *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, v. 52, 2004, p. 97. Vide, também, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: TEMAS de direito processual: 7ª. série. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 178; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 16, jul./set. 1996, p.12-13; FRIEDRICH, op. cit., p. 108-110; SOARES, *Common...*, p. 42-43 e o, já referido aqui, trabalho de pesquisa sobre o **precedente judicial** de SOUZA, *Do precedente...*, p. 123-153, abordando a *ratio decidendi* com muito mais profundidade do que as linhas gerais propostas neste trabalho. Sobre o princípio do **precedente judicial**, no modelo do *stare decisis*, vide, retro, item 2.3 (Constituição de 1934) e 6.2.5 (A Força de Lei e o Efeito Vinculante das Decisões do STF).

Constituição, a Suprema Corte se permite repudiar quase completamente a sua atitude anterior, revogando decisões consagradas há quase um século, acrescentando aquele autor: “[...] curva-se às leis da experiência e à força do melhor raciocínio, reconhecendo que o processo de ensaio e erro, tão produtivo nas Ciências Físicas, é também apropriado na função judicial.”³¹⁴

Os autores apontam movimentos recíprocos que impelem a aproximação entre o sistema anglo-saxônico, do *common law*, com modelo da família romano-germânica, do *civil law*, colocando em questão a doutrina da estrita partilha funções do Estado, para uma convergência de rumos que necessita ser disciplinada de maneira mais explícita e satisfatória, demandando debate mais aprofundado daqueles que se preocupam em buscar suporte teórico-científico ao Direito.³¹⁵

Sem embargo, entendemos que a **súmula vinculante** não marca o abandono da tradição romano-germânica. As súmulas figuram num patamar intermediário, numa **relação** entre a abstração da legislação, a qual regula a formação e o conteúdo dos atos de execução (ato jurisdicional da sentença e ato administrativo); e, acima da legislação, a palavra definitiva em matéria de *interpretação autêntica* do conteúdo e aplicação das normas constitucionais³¹⁶. Realiza-

³¹⁴ SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 200. Quanto ao processo de ensaio e erro, analisando o sistema americano em relação ao europeu, vide LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et La Lutte Contre La Législation Sociale Aux États-Unis: l'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois**. 5. ed. Paris: Marcel Giard, 1921, p. 25, que lembra ser o método do caso também chamado **socrático** e **indutivo**, ou seja, chamado exatamente de **empírico**.

³¹⁵ Ver CAPPELLETTI, **Juizes...** p. 128 e p. 133-134. CANOTILHO, **Direito...**, p. 896 (fala em progressiva convergência dos modelos dentro do sistema binário básico). FAVOREAU, **La notion...**, p. 1070 (o mérito do direito comparado é relativizar as diferenças). DAVID, René. **Les grands systèmes de droit contemporains**. Dixième Édition, Paris: Dalloz, 1992, p. 19 (fala na tendência a aproximação dos dois sistemas e que a regra de direito tende a ser mais e mais conhecida dentro dos países de *common law*, e uma mesma idéia de justiça é dada às questões de direito nas duas famílias). Rodolfo de Camargo Mancuso e José Carlos Barbosa Moreira (falam da aproximação do modelo inglês ao *civil law*, em MANCUSO, **Súmula...**, p. 692). SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Tese para concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, novembro 2002 p.186 (alude, na conclusão, à possibilidade de modelos mistos).

³¹⁶ KELSEN, **Teoria...**, p. 369-370. O termo **interpretação autêntica** é empregado por Kelsen para caracterizar a via interpretativa realizada especialmente pelos tribunais de última instância [como o STF] para criação de Direito novo (p. 370), valendo consultar sua posição, cujo sentido procuramos empregar no texto: “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala em interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica representa a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (Ibidem, p.370). Cumpre observar que, quando Kelsen fala em “criação de direito”, deve ser compreendido no sentido já exposto supra, no sub-item 7.3 (**Característica de Norma Geral**

se, pois, uma **atividade integrativa racional**, para **composição coletiva de conflitos**, não criação normativa do direito judiciário, como aludido. Trata-se, em nossa opinião, de uma nova espécie, ou vertente do controle de constitucionalidade das normas, quer dizer, um **modelo de solução concentrada de conflitos massificados**, uma outra faceta assumida pela atividade do **legislador negativo** em sede de controle difuso, na concepção da **teoria gradualista** defendida por Hans Kelsen.

O legislador ordinário infraconstitucional, ao regulamentar a norma constitucional (art. 103-A, com a redação da EC nº 45/2004), positivando o procedimento para fixação do enunciado sumular do *decisum* que produzirá eficácia vinculativa aos demais casos idênticos, afasta-se, nesse detalhe, da prática vigente no modelo norte-americano.

Para os sistemas filiados à *common law*, o precedente judicial tem força obrigatória e deve, em regra, ser seguido em um caso posterior, criando-se, portanto, *direito subjetivo* a sua aplicação no procedimento judicial futuro.³¹⁷ A similitude com a **súmula vinculante** apontada pelos autores, portanto, reside somente nesse plano – cria-se *direito subjetivo* de exigir tratamento isonômico a quem está na mesma posição jurídica do caso sumulado pelo STF. Outro problema completamente diferente é como se formula o precedente vinculativo e qual o método mais eficaz para reconhecê-lo no bojo de um precedente judicial?

No *common law* o direito está escrito em sentenças judiciais (direito dos juízes) que, por meio de *rationes decidendi*, interpretam os usos sociais da comunidade e hábitos individuais que antes não estavam escritos em parte alguma.³¹⁸ As Cortes, em verdade, estão obrigadas a seguir a *ratio decidendi* do precedente. Existem dificuldades, nos sistemas de *common law*, para o estabelecimento de quais *rationes decidendi* obrigam, quando, na decisão paramétrica, vários juízes chegam ao mesmo resultado por meio de razões diferentes, com diversas linhas de raciocínio para a mesma decisão. Não há uma doutrina definida para solucionar esse problema, admitindo-se a

do Poder Judiciário. Direito Jurisprudencial em Cotejo com o Direito Legislativo), quer dizer, onde a diferença da atividade do órgão aplicador judicial ou do órgão legislativo é somente **quantitativa e não qualitativa**, situação bem diferente do estabelecimento de uma regra de precedente por meio do direito judiciário extraída dos usos e hábitos comunitários, onde não havia direito preexistente.

³¹⁷ SOUZA, **Do precedente...**, p. 41-51, esboça classificação dos precedentes judiciais, ressaltando que nem todos tem o mesmo grau de autoridade para se tornarem obrigatórios, elencando-os em precedentes declarativos (declara direito preexistente) ou precedentes criativos (criam o Direito onde ele ainda não existia) e precedentes persuasivos (juiz não está obrigado a segui-lo) ou precedentes (absoluta ou relativamente) obrigatórios.

³¹⁸ Cf. FRIEDRICH, **Teoría...**, p. 110.

liberdade de a Corte do caso posterior decidir fora do precedente, por falta de *ratio decidendi* discernível.³¹⁹

Já com relação à aplicação da **súmula vinculante**, simplesmente deve-se ater ao que determina o enunciado lingüístico do verbete sumular. A interpretação da Constituição ocorre após a necessária **reiteração de decisões** (não é possível súmula decorrente de apenas um caso concreto, como sucede com o *case law*). Sob quais raciocínios, quais caminhos os Ministros adotaram como **fundamentos apoiadores** para chegarem à súmula, é uma **questão em aberto**, não sendo possível falar-se em *direito subjetivo* de a parte exigir o cumprimento de determinada *ratio decidendi*, separando-se, aqui, em muito, nosso sistema sumular dos sistemas de *common law*.³²⁰

³¹⁹ SOUZA, **Do precedente...**, p. 125, a primeira coisa que o operador do direito deve fazer ao analisar o precedente judicial é identificar e distinguir a proposição que forma sua *ratio decidendi* do que é um *dictum* ou mera questão de fato: “Trata-se de **uma das questões mais controversas da doutrina do stare decisis**, pois, afóra alguns pontos onde há concordância, **a doutrina diverge – e muito – na definição do que seja ratio decidendi e na escolha do método** mais eficaz de identificá-la no bojo de um precedente judicial”(grifamos). Ver, também, p. 138, onde aborda a dificuldade quando surgem múltiplas **rationes decidendi**.

³²⁰ A dificuldade em admitir-se que a **súmula vinculante** denota uma aproximação aos sistemas do *common law* deve-se não somente a razões de ordem jurídica como também a diferenças histórico-sociológicas-filosóficas em relação ao nosso sistema jurídico (família romano-germânica). Na Inglaterra um direito comum a todo o reino foi afinado e refinado por um número infinito de homens graves e eruditos – juízes reais -, conforme nos relata FRIEDRICH, **Teoria...**, p.106 e p. 109), permitindo que juristas práticos, baseados em uma razão (“perfeição artificial da razão”) que é a essência mesma do direito, adquirida no processo de seu estudo, fazendo parte da realidade da vida social (“direito vivo”), formassem o **direito dos precedentes** que prevaleceu sobre o direito estatal legislado. Friedrich também detalha a luta de “Sir Edward Coke” contra “Jacobo I” no sentido de que o rei está obrigado pelo direito, “*Coke utilizo el common law como base para atacar los esfuerzos de Jacobo I en favor de la concepción de la regia prerrogativa como algo de derecho divino*” (Ibidem, p. 113). Opondo-se à posição de “Jacobo I” de que o rei seria o juiz supremo e que todos os tribunais estariam sob sua autoridade, inclusive que o rei é quem protegeria o direito e não o direito ao rei, Coke assentou que: “*El common law protege al Rey*” (Ibidem, p.108), sustentando a idéia de que em muitos casos o *common law* prima sobre as leis do parlamento e decide que elas são inteiramente inválidas. Os **precedentes judiciais** tem profundas raízes na natureza humana (lógica do ser), revelando direito fundado no senso natural do justo em concreto, enfim, na escola do Direito Natural. Essas considerações servem para demonstrar que no sistema de *common law* existe uma estrutura sócio-jurídica produtora de matéria normativa (decisões judiciais) completamente diferente da nossa estrutura normativa, onde o Direito é produzido por um órgão estatal legislativo. Não é possível amalgamar, sem defrontarmo-nos com paroxismos, coisas que em sua essência são inconfundíveis.

8 NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Importante se realize reflexão teórica acerca do ato inconstitucional, pois compõe capítulo fundamental no estudo do problema da garantia da normatividade da Constituição. A relevância dessa matéria está diretamente ligada às espécies de controle judicial de normas desenvolvidos em nossa evolução jurídico-constitucional.³²¹

Conforme sinalizou o Min. Celso de Mello, da declaração de inconstitucionalidade decorrem visões doutrinárias que identificam no “desvalor” do ato viciado, “**vários graus de invalidade**” possibilitando o reconhecimento, ou da **inexistência**, ou da **nulidade**, ou da **anulabilidade** (com eficácia *ex nunc* ou eficácia *ex tunc*), ou, ainda, da **ineficácia** do comportamento estatal incompatível com a Constituição. As várias concepções teóricas existentes sobre o tema permitem a formulação de teses que buscam definir a real natureza dos atos incompatíveis com o texto da Constituição, qualificando-os, em função de abordagens diferenciadas.³²²

Embora o controle difuso de normas tenha origem no Direito Norte-americano, onde, historicamente, predomina **teoria da nulidade ab initio**, é possível afirmar que a estrutura normativa da experiência jurídica dos Estados Unidos da América, sem uma reflexão teórica mais profunda e necessária de nossa dogmática constitucional, foi transplantada para nossos modelos prescritivos e hermenêuticos, servindo aqueles mesmos postulados, como base teórica e substrato jurídico material também para orientar o controle concentrado ou *in abstracto*.

Quanto aos conceitos, desde logo, para trabalharmos no campo dogmático-constitucional, toma-se a nomenclatura utilizada por Luís Afonso Heck da **nulificabilidade**,³²³ que será empregada

³²¹ A necessidade de se repensar o tema foi bem percebida por DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 43 e COELHO, Inocêncio Mártires. **Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política?** **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 47-69, jul/set 2000.

³²² ADIn 2215-PE (Informativo 224, ADIn e Efeito Repristinatório (Transcrições) de 17.04.2001). Vide concepções teóricas sobre o tema de: CASTRO, Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 335, p. 17-44, jan/fev. 2003; NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 68-85; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, item n. 15, p. 54-8. Vide, a propósito, RTJ 82/793 e RTJ 187/168.

³²³ MAURER, A revisão... Vide, para explicação mais detalhada, inclusive a terminologia traduzida do alemão pelo Prof. Heck, supra, item **6.2.2. (Competências para Guarda da Constituição como Garantias da sua Normatividade)**. Consulte-se, também, para mais amplo detalhamento e justificativa da utilização da expressão **nulificabilidade**, com base na teoria de Hans Kelsen e não **nulidade**, inclusive com comparações em relação aos

em lugar da expressão **anulabilidade**. De registrar o uso preferencial deste último vocábulo entre nós, tal como encontrado nas obras traduzidas de Kelsen, mas, em nosso ordenamento jurídico, tal conceito pode levar a confusões em relação às categorias também existentes no Direito Administrativo e, mormente, no Direito Privado, de cujos ramos se pretende, neste momento, a separação ou independência científica.

8.1 Teoria da *Nulidade Ab Initio dos Atos Inconstitucionais* (“Void Ab Initio Theory”)

Não está bem esclarecido e aprofundado entre os tratadistas brasileiros as razões ou o verdadeiro fundamento pelo qual a doutrina pátria posicionou-se a favor da **nulidade como sanção à inconstitucionalidade**, nem porque atribuiu-se o efeito amplo de que a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se nunca, em tempo algum, tivesse tido eficácia jurídica – *“the unconstitutional statute is not law at all”*, contudo, a **teoria da nulidade** tem sido sustentada pela maioria dos constitucionalistas pátrios.

Remontando-se às origens pelas quais o instituto do controle jurisdicional das leis (controle difuso), com suas linhas fundamentais de sistematização e pressupostos alienígenas, penetrou em nosso ordenamento, vale lembrar Ruy Barbosa quando enaltece o filtro da pureza constitucional de nossas leis, pela imparcialidade jurídica dos tribunais, porque os governos constituídos por eleição, quando não refreados, não são menos suscetíveis de exorbitar do que os designados pelos acidentes de berço (aludindo à monarquia). Diz:

Esse filtro opera a **eliminação das leis viciosas** mediante a averbação de nulidade. A **nulidade** é, pois, nos atos da legislatura, como nos da administração, o **corretivo da inconstitucionalidade**.

O **princípio é que leis inconstitucionais não são leis**. ‘O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. **Se o ato legislativo o contradiz, írrito será: não é lei**’(2). ‘Um ato inconstitucional do congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, não é lei (is not law): não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, **juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido**(3)³²⁴.(grifamos)

direitos privado, administrativo e processual civil, HECK, **A nulificabilidade...** itens **1. Jurisdição Constitucional, 2. A nulidade e 3. A nulificabilidade**. A explicitação consta na nota de pé de página número 33.

³²⁴ BARBOSA, Ruy. Inconstitucionalidade importa nulidade In: OBRAS completas de Ruy Barbosa: trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1955, v. 24, t. 3, p. 53-54

Note-se que tão forte era a adesão à teoria da nulidade, que se chegou a tipificar o vício com a nota da **inexistência**.³²⁵

A teoria da nulidade é a adotada pelo sistema da *judicial review of legislation* americano, onde vigora o controle difuso, significando que todos os juízes estão habilitados para **inaplicar** as leis quando as julgam contrárias à Constituição, gerando o vício de inconstitucionalidade uma **nulidade** de pleno direito, *ipso jure* e *ex tunc*, **declarado sem efeito, como se nunca tivesse existido**, em relação ao caso especial sujeito a julgamento, com pluralidade de fontes de decisão sobre a sua constitucionalidade (qualquer juiz). Contudo, como já afirmado anteriormente, por força do **princípio do stare decisis**, há vinculação dos Tribunais inferiores à jurisprudência da *Supreme Court*.³²⁶ O papel do tribunal é apenas **declaratório**, cedendo a lei mais fraca à superioridade da mais forte e, conseqüentemente, indicada a solução para o conflito.

A propósito da nulidade dos atos exorbitantes (*ultra vires*) do legislativo ou do poder executivo, abrangendo toda a existência do ato e retroagindo até a sua decretação, obliterando-lhe todos os efeitos, vale referir o que disse o juiz supremo e catedrático de direito nos EUA, Thomas Cooley:

When a statute is adjudged to be, unconstitutional, it is as if it had never been. Rights cannot be built under it; contractes which depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it before the decision was made. And what is true of an act void in toto is true also as to any part of an act which is found unconstitutional, and which, consequently, is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force. (O acto praticado contra declarações constitucionaes, venha do executivo, ou do legislativo, é nenhum. E, quando ‘por sentença judiciaria’ recebe esse stygma; ‘considera-se como si nunca tivesse existido. A sombra delle não se podem erigir direitos; os contractos, cuja procedência delle pender, são írritos; não excusa o procedimento de ninguém que obre sob sua direcção: nem os que lhe recusarem obediência, ainda antes da sentença, incorrerão em pena. Entende-se que nunca, desde seu começo, lhe assistiu a mínima autoridade legal).

³²⁵ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 430.

³²⁶ BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893, p. 60. Referindo-se aos arts. 59, § 1º, “a” e 60, “a”, da Constituição de 1891, evidencia a pluralidade de competência para exame e rejeição: “A redação é claríssima. Nella se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federaes, a garantia de que, sendo contraria á subsistência dellas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nullidade, ou a confirmará pelo motivo opposto. Mas, numa ou noutra hypothese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida

A tradução do juiz americano, no texto supracitado, é de Ruy Barbosa (vide próxima nota), arrematando esse célebre jurista que os tribunais só têm competência para revogar sentenças de tribunais, não dispõem, porém, de autoridade **revogatória** contra as deliberações inconstitucionais da administração ou do Congresso. Conclui que os tribunais recusam-se, isso sim, a contribuir para aplicação dos atos inconstitucionais de outros poderes, o que é coisa tecnicamente diversa de revogação, ensinando, textualmente:

Não revogam: desconhecem-n'os. Deixam-n'os subsistir no corpo das leis, ou dos actos do executivo; mas a cada individuo, por elles agravado, que vem requerer contra elles protecção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou á Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir (vide referência, também, na nota abaixo).

Deixam de **aplicar**, pois, quando surjam leis ou atos exorbitantes diante de casos particulares submetidos ao seu julgamento. A Constituição de 1891, segundo Ruy e parafraseando o juiz norte-americano John Marschall, no famoso caso *Marbury versus Madison*, reproduziu a índole do regime constitucional americano, com constituição escrita, estando a **doutrina da nulidade** essencialmente ligada àquelas constituições (escritas), portanto, doutrina que deve ser observada como um dos **princípios fundamentais da sociedade brasileira**. O princípio comum é: *Actus, a principio nullus, nullum producit effectum. Actus, ipso jure nullus, convallescere non potest.*³²⁷ Como se constata, a idéia da natureza jurídica nula do ato normativo inconstitucional e da sua classificação como norma principiológica implícita é antiga.

Quando Kelsen, em 1942, procedeu a um estudo comparando a Constituição Austríaca de 1920-30 com a Norte-americana, anotou a freqüência com que, nos EUA, os particulares que iniciam um processo para obtenção da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou norma da **Common Law**, se recusam a obedecer o ato guerreado, antes de pronunciada a decisão final. Procedem assim por confiarem no efeito retroativo da decisão esperada, o que tem a complacência

expressamente no texto constitucional, a **todos os tribunaes**, federaes, ou locais, *de discutir a constitucionalidade das leis da União, e applical-as, ou desapplical-as, segundo esse critério*". Ver, ainda, p. 67, mesma obra.

³²⁷ BARBOSA, A **Constituição...**, citação de Thomas Cooley e citação acima, ver p. 47, 101 e 228-232. Consulte-se, no original, WILLOUGHBY, W.W. **The constitutional law of the United States**. v. 1, p. 9-10 e COOLEY, Thomas M. **Treatise on the constitutional limitations**. 1878, p. 227, *apud* artigo de LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 27, nota 32, p. 197, abril/junho. 1999 e, também, o artigo doutrinário onde é historiado que o contencioso constitucional das cortes dos EUA, destina-se à obtenção de **sentenças essencialmente declaratórias**, de autoria de JAFFIN, George H. **Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, maio 1941, p. 287.

do Poder Público. Embora Kelsen suscite controvérsia sobre a prática de se considerar **nula ab initio** uma norma **declarada** inconstitucional pela Suprema Corte, discordando desse entendimento e inclusive apontando sua incompatibilidade com o art. I, seção 9^a, parágrafo 3^o da Constituição dos EUA, deixa evidenciado, no texto sob relato, a aceitação, pela prática americana, da “teoria da nulidade *ab initio*” (*void ab initio theory*).³²⁸

A teoria da **nulidade ab initio**, tem sido considerada mais adequada ao nosso modelo porque todo cidadão passa a ser intérprete da Constituição, podendo desobedecer a comandos estatais inconstitucionais, já que, uma vez ameaçado, pode buscar a proteção jurisdicional e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de algum comando contrário à Constituição, em decisão judicial com efeitos retroativos,³²⁹ havendo, dessa forma, o

³²⁸ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 309. Vide, também, no original: Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. **The Journal of Politics**, v. 4, n. 2, p. 183-200, may. 1942. O Professor Luís Afonso Heck, expendendo sobre a **nulidade no plano do direito constitucional**, vê de maneira diversa de nossa conclusão, nessa passagem de Kelsen referida no texto acima. Considera que a opinião de Kelsen sobre o sistema jurídico-constitucional americano é de que, dentro do sistema da lei positiva, não é possível caracterizar como nulo *a priori* (**nulo ab initio**), um ato que se apresenta como ato legal e que somente a **anulação** de tal ato é possível – o ato não é nulo, ele é somente anulável, sendo impossível considerar a lei promulgada pelo “dador de leis constitucionais” como absolutamente nulo (nota 33, item 5.1). Mais adiante Heck afirma interessante posicionamento doutrinário seu: depois de tecer considerações à existência de uma tendência à atenuação da idéia da rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical no controle difuso, especialmente às **objeções à nulidade no ordenamento jurídico americano** (referindo jurisprudência do STF, RTJ 82/793; RTJ 175/313; RTJ 177/887; RTJ 187/169 e RTJ 193/867), consigna que, então, deve-se admitir que **às objeções à nulidade do ordenamento jurídico americano levam ao âmbito da nulificabilidade**. “[...] Se se nega isso, então, mais além se coloca a seguinte questão: **existem teoricamente duas nulidades: a do sistema jurídico americano e a do sistema jurídico alemão; aquela reside no controle difuso brasileiro e esta no controle concentrado** (sobre essa terminologia, ver Heck, RT 800, p. 58, nota 1 e infra letra c)). **Que a doutrina da nulidade (alemã) e da nulificabilidade (de Kelsen), contudo, podem existir simultaneamente em um mesmo ordenamento jurídico foi exposto na nota 33, 5.2, supra**. Diante disso, esse fendimento artificial, no plano da teoria, não só não resulta de um novo conhecimento como ainda termina, no plano prático, no âmbito da nulificabilidade. A tentativa de driblar, com isso, o artigo 52, X, da constituição federal parece malograda.” (ver HECK, **A nulificabilidade...**, item 3. **A nulificabilidade**. A explicitação consta nas notas de pé-de-página números 33, 5.1 e 40, 2, letra “a”). Da referência à nota 33, 5.2, referente à **nulidade no plano do direito constitucional na Alemanha** colhe-se: “Segundo Maurer, a lei anticonstitucional é fundamentalmente nula. O tribunal constitucional federal deve, por isso, declarar uma lei que, segundo sua concepção é anticonstitucional, nula (§ 78, proposição 1, da lei sobre o tribunal constitucional federal). A declaração de nulidade atua – como a nulidade – **ex tunc**. Ela diz respeito à data da promulgação da lei ou, se a anticonstitucionalidade e nulidade somente depois – por modificação das circunstâncias fáticas ou jurídicas – produziram-se, à data da modificação. Como a nulidade produz-se **ipso iure, a declaração de nulidade é somente um ato declaratório, que, todavia, ganha um certo significado constitutivo pelo fato de agora a nulidade da lei está fixada vinculativo-juridicamente e, com isso, determinante** (Maurer, **Staatsrecht I, 4. Aufl.**, München:Beck, 2005, S.700, Rn. 84)” (grifamos).

³²⁹ Sobre as vantagens do controle difuso, vide MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, v. 2, maio 2005, p. 161. Sobre a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional, MENDES; MARTINS, **Controle...**, p. 318. A **Alemanha** também adota a **teoria da nulidade** (§ 31, 2 (força de lei); § 78 (trata da decisão no controle abstrato, o que vale também para o procedimento do controle concreto de normas, emprega a palavra *Nichtig* = **nulo**); § 95, alínea 3 (decisão no recurso constitucional), todos da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) e também possui controle difuso de constitucionalidade, porém, importa aqui o funcionamento do sistema, que é diferente em ambos os países, conforme tem sido demonstrado até aqui e será retomado o assunto adiante. Cabe, aqui, remeter à citação de Hartmut Maurer, feita por Luís Afonso Heck, na nota anterior, de que a declaração de nulidade é somente um ato

reconhecimento do direito concreto de desobedecer ato normativo inconstitucional, sem que o particular seja submetido a sanções por descumprir algum enunciado de norma inválida.³³⁰

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, a idéia que predomina no direito brasileiro e inferida pelo texto constitucional é a da **nulidade**, de pleno direito (*ipso jure*), da lei inconstitucional. Seguindo, como vimos acima, os passos de Ruy, dado o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional e a faculdade assegurada ao indivíduo de negar sua observância, o **postulado ou princípio da nulidade** deve ser reconhecido como de **hierarquia constitucional**. De acordo com o, hoje Ministro do STF, é imperativo concordar com essa orientação, sendo o **status de princípio constitucional da nulidade**, o que parece respaldado naquela Corte Suprema. Consulte-se:

A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada da lei inconstitucional [...] O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60) não só ressaltam a diferença entre **lei e Constituição** e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias. Atribui-se, portanto, **hierarquia de norma constitucional**, também no direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais.³³¹

A justificativa para que se considere como **princípio constitucional o da nulidade ipso jure e ex tunc da lei inconstitucional** foi assim esboçada pelo autor citado:

Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º do art. 5º, a

declaratório (*ipso jure*) que ganha significado constitutivo e determinante (vinculação jurídica). Em outra passagem, Heck cita Schlaich para evidenciar a adoção pelo direito alemão da **nulidade ipso iure e ex tunc** de leis inconstitucionais como **princípio, dando a justificativa para adoção de tal princípio**: „Foi a intenção de esclarecer e de legitimar o direito ao exame judicial (incidental), que produziu a idéia, já na primeira metade do século 19., a hoje dominante e que estava na base da lei sobre o tribunal constitucional federal originalmente, que uma lei anticonstitucional é nula desde o início. **Uma lei nula não existe, conseqüentemente não precisa – e não pode – o juiz aplicá-la.** A não-aplicação judicial, nessa perspectiva, não viola a divisão de poderes; a não-aplicação de uma norma nula não tira nada da sujeitabilidade à norma judicial.” (S. 261, Rn. 367). Mais adiante diz: „A lei inconstitucional é ineficaz juridicamente desde o início (*ex tunc*) e sem outro ato configurante (*ipso iure*). Essa proposição elementar e significativa curiosamente nem na lei fundamental nem na lei sobre o tribunal constitucional federal nem em outro lugar no direito vigente é formulado expressamente como norma” (grifamos) (HECK, **A nulificabilidade...**, itens **1. Jurisdição Constitucional, 2. A nulidade e 3. A nulificabilidade**. As referências bibliográficas e citações constam na nota de pé de página número 33, sub-item 5.2).

³³⁰ MENDES, **Jurisdição...**, nota 142, p. 256.

³³¹ Idem, **Direitos fundamentais...**, 1998; p. 57 e Idem, **Jurisdição...**, 1998. p. 255: “Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado esta conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional,” citando o autor, na nota 37, o RE 103.619, do Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA 160, p. 80 e seguintes. MENDES, **Jurisdição...**, p. 256, afirma expressamente que: “Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal (43) que parece reconhecer **hierarquia constitucional** ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição.(44).” Ver, ainda, MENDES; MARTINS, **Controle...**, p. 317.

vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, XXI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucional, garantido em virtude da omissão dos órgãos legislativos, o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, vinculam os órgãos estatais.³³²

O direito brasileiro, influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, acabou por definir, pouco importa se em sede de controle concentrado ou difuso de normas, **que a declaração de inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo**, e que, embora a Constituição brasileira não disponha de modo expresso, como a portuguesa (art. 282º), a espanhola (art. 116, 1, “a”) ou a italiana (art. 136), a respeito da consequência (sanção) decorrente da inconstitucionalidade, *“a nulidade [e não nulificabilidade ou anulabilidade] do ato normativo viciado assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional implícito.”*³³³

Não nos parece, contudo, como veremos infra, que se tenha de emprestar *status* constitucional de **princípio normativo** ao entendimento da nulidade dos atos inconstitucionais.

A jurisprudência do STF ainda considera, salvo exceções, que a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Constituição Federal se reveste do vício de **nulidade** e que a decisão produz efeitos *ex tunc*, **retroagindo** até o nascimento da norma impugnada (efeitos revogatórios ou derogatórios) das leis ou dispositivos declarados inconstitucionais.³³⁴

³³² MENDES, **Jurisdição...**, nota 142, p. 256.

³³³ Por todos, a opinião de CLÉVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 337, 1997, p. 171. No voto de vista do HC 82.959-7-SP, na Reclamação nº 2.391-MC-PR e no RE 197.917-SP, o Min. Gilmar Mendes reitera essa posição: “Diferentemente da posição externada por Leitão de Abreu, entendo que o **princípio da nulidade enquanto cláusula não-escrita continua a ter plena aplicação entre nós**. [...] Não se nega, pois, **caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade**. [...] Portanto o princípio da nulidade continua ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação [...]” (voto de vista no HC 82.959-7 e Reclamação 2.391-MC-PR). Ver, também, HECK, **A nulificabilidade...** itens **1. Jurisdição Constitucional**, **2. A nulidade** e **3. A nulificabilidade**. Referências bibliográficas e citações constam na nota de pé de página número 33, sub-item 5.2). Colhe-se, na nota de rodapé desse artigo, com referência à **Alemanha**, a seguinte passagem de Schlaich, para quem, conforme vimos na nota supra deste sub-item, **a idéia de que uma lei anticonstitucional é nula desde o início**, surgiu em razão da intenção de esclarecer e de **legitimar o direito ao exame judicial (incidental)** já na primeira metade do século XIX: *„O tribunal constitucional federal somente comprova a nulidade da lei produzida ipso iure, existente desde o início.”* Um pouco adiante diz: *Artigo 100, I, proposição 1, da lei fundamental, parte disto, que leis anticonstitucionais são inválidas. Assim, à proposição da nulidade de leis anticonstitucionais é atribuída com razão hierarquia constitucional (artigo 1 III, 20 III, 79, proposição 1, 100, I, 123 I da lei fundamental). Que esse dogma não é lógico-juridicamente coercitivo mostra a doutrina do direito e prática austríaca”* (S. 262, Rn. 367, em aspas e itálico no original).

³³⁴ O STF, influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, ainda considera revestir-se de **nulidade absoluta** a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Constituição Federal (Lei inconstitucional é nula: RTJ

Assim, no direito brasileiro, pode-se afirmar que no **tipo** de controle concentrado de normas (tipo ou espécie combinado, conforme vimos na classificação esboçada no sub-item **6.1 Controle Concentrado**), prevalece o entendimento de que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional é excluído do sistema jurídico, *ab initio (ex tunc)*, preservando-se, contudo, os efeitos já produzidos nas relações jurídicas ocorridas sob sua vigência, no plano dos atos individuais. No **controle difuso**, o ato normativo declarado inconstitucional desfaz-se desde sua origem (*ex tunc*), juntamente com as conseqüências dele derivadas. Sendo nulo, será destituído de qualquer eficácia, inclusive os atos pretéritos praticados sob seu fundamento. Os efeitos retroativos aplicam-se somente às partes e ao caso concreto, objeto do processo onde houve a declaração, não excluindo que a lei ou ato normativo inconstitucional seja considerada válida e aplicada em outros procedimentos. Porém, se o Senado Federal, pelo mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade que foi reconhecida definitivamente no STF (art. 52, X, CF), editar resolução suspendendo a execução da norma inválida perante terceiros, não haverá retroação e terá efeitos *ex nunc*, quer dizer, a partir da publicação da resolução sua aplicação será vedada ao poder público. Confira-se:

A declaração incidental da inconstitucionalidade implica a subtração da questão concreta, sujeita à apreciação judicial, da incidência da lei ou ato normativo. A conseqüência da declaração de inconstitucionalidade 'é a ineficácia do ato legislativo, em face da recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos que lhe são submetidos'. Os tribunais não anulam atos do congresso, lembrava Rui Barbosa. Não obstante, estão os tribunais autorizados a reconhecer a nulidade de uma lei em relação a um caso concreto. **A lei contrária à Constituição, ensina Buzaid, é írrita e nula e não apenas anulável**, porém só para as partes litigantes, se apreciada na espécie...'. Por isso, a decisão do tribunal, uma vez passada em julgado é, em relação ao caso, final, inatacável, definitiva, produzindo, quanto à lei, efeito *ex tunc*, tal como se ela (a lei declarada inconstitucional) jamais houvesse existido – "**is as though it never existed**". No direito brasileiro, portanto, assim como no americano, a declaração incidental de inconstitucionalidade implica, para o caso, a nulidade do ato, e, por isso, a decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato viciado desde o seu nascimento,

87/758, RTJ 89/367; RTJ 95/998; RTJ 146/461; RTJ 164/506, 509). Apóia-se na doutrina clássica em sentido idêntico, importando, destarte, a **pronúncia da nulidade do ato atacado - ex tunc**, citando-se, por exemplo, autores como: BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 132, item n. 60; BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. coligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4, p. 135 e 159; MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e Tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 270, item n. 6.2.1, MORAES, **Direito...**, p. 599-602; ZAVASCKI, **Eficácia...**, p. 48; RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119 e p. 245, itens ns. 28 e 56; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 204-205; PALÚ, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75-76. Vale conferir o que Clèmerson Merlin Clève, que representa a voz predominante da doutrina pátria, expende sobre o tema: "Por que o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos ripristinatórios. É que, sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (**rectius**, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos 'os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar', inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. **Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, 'permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade'**" – grifamos. (CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 87-88).

continuando, todavia, a lei a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações, a menos que, do mesmo modo, haja a provocação da tutela judicial pelos interessados.³³⁵

Consequência da nulidade em razão de decisões definitivas ou cautelares em ação direta de inconstitucionalidade (e não simplesmente **nulificabilidade**), é a incoerência da eficácia derogatória das leis anteriores, ou seja, declarada sem efeito inclusive a **cláusula expressa ou implícita de revogação**, permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade. Essa posição já era dominante no STF³³⁶ e foi reforçada pelos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/99, no sentido de tornar aplicável a legislação anterior, salvo manifestação em sentido contrário.

A reentrada em vigor da norma revogada pode resultar no problema da legitimidade da norma revivida, a qual pode padecer de vício de inconstitucionalidade ainda mais grave que o ato nulificado, por essa razão, o STF tem exigido nas petições de ações diretas de inconstitucionalidade, que os legitimados também impugnem a anterior legislação, já que nessa hipótese não prevalece o princípio *iura novit curia* (ver ADIn 2.215-PE). Há vozes na doutrina que admitem a possibilidade de declaração judicial da inconstitucionalidade da norma revogada.³³⁷

³³⁵ CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 87-88. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, “[...] concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no **plano normativo (Normebene)** e no **plano do ato individual (Einzelaktebene)** através das chamadas **fórmulas de preclusão**.”(MENDES, **Jurisdição...**, p. 258 e p. 192-193).

³³⁶ BRASIL. ADIn 652-5, Sessão Plenária. Relator: Min. Celso de Mello: “[...] A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo [...]”. Em recentes decisões envolvendo a inconstitucionalidade das alíquotas progressivas do ITBI (progressividade), o STF determinou fossem aplicados aos autores da demanda a alíquota de ITBI da legislação anterior à que foi julgada inconstitucional, porque nunca foram validamente revogadas (**a nulidade apaga a cláusula de revogação implícita**): 260.670-7 e RE 259-339-7, 1ª T, 09.05.2000, DJU 16.06.2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “EMENTA – ITBI: progressividade: L.11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105) do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L.11.514/91, art. 10, II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida nesta feito”; ADIn nº 2.884-RJ, rel. Min. Celso de Mello: Questão da Eficácia Repristinatória da Declaração de inconstitucionalidade in abstracto: “A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o **efeito repristinatório** que lhe é inerente – **em restauração** das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, por juridicamente inválido (RTJ 146/461-462) não se reveste de qualquer carga de eficácia denegatória. **Doutrina. Precedentes (STF)**”. Noticiado no INFORMATIVO DO STF Nº 372.

³³⁷ VELOSO, Z., **Controle...**, p. 216.

Evidentemente que a **retroatividade** opera-se no plano normativo abstrato, no plano lógico das normas (*Normebene*). Isso não significa que a decisão do STF proferida no processo objetivo importe automática desconstituição das situações jurídicas consolidadas sob a égide do ato expungido do mundo jurídico. É que no plano normado, dos fatos concretos, as situações subjetivas geradas pelos efeitos práticos indevidos emanados da lei inconstitucional, antes da declaração judicial, devem ser resolvidas caso a caso, sem prejuízo da dogmática do controle de constitucionalidade, existindo categorias a serem aplicadas às situações como **imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (apesar de inconstitucional), a segurança nas relações jurídicas, a paz social, razões de equidade, interesse público de especial relevo, etc.**³³⁸

De regra, os atos singulares praticados com respaldo em lei inconstitucional (plano do ato concreto – *Eizelaktebene*) não mais se mostram suscetíveis de revisão, pois em homenagem ao **princípio da segurança jurídica** praticam-se, no Brasil, fórmulas gerais de preclusão (na Alemanha, o § 79, alínea 1, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece, expressamente, a intangibilidade dos atos consumados com base na lei viciada). A exceção expressa a esse entendimento é a **sentença condenatória no crime**, porque inexistente, em matéria penal, prazo fixado pelo legislador ordinário brasileiro para propositura da **revisão criminal**, art. 621, do CPP. Em caso de haver condenação por sentença com trânsito em julgado penal, prolatada com fundamento em lei inconstitucional, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo³³⁹.

³³⁸ POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.119. Para Luís Afonso Heck, tanto o **preceito da certeza jurídica, como o preceito da proteção à confiança**, são partes constitutivas essenciais e elementos essenciais do **Princípio do Estado de Direito**, servindo, pois, de **critério normativo**, destacando-se a conclusão de Heck ao que nos interessa, aqui: “[...] A determinação dos limites de uma admissão da retroatividade retrospectiva sobrevém da avaliação confrontadora da confiança do particular na permanência de uma regulação legal (ou da dimensão do dano à confiança do particular) e do significado da pretensão legislativa para o bem-estar comum; somente quando da pesagem resulta que a confiança na certeza da situação existente merece a primazia, a retroatividade é inadmissível” (HECK, **O Tribunal...**, p. 186 e p. 192). Essa mesma referência doutrinária é dada supra, em outra aplicação, no item **6.2.4.3 Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?**

³³⁹ BRASIL. Reclamação 2.391-MC-PR, RE 197.917-SP e HC 82.959-7-SP, todos de relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes. Também pode ensejar **ação rescisória** com base na violação literal de disposição de lei (constitucional), art. 485, inciso V, do CPC, a sentença proferida com base em lei considerada posteriormente inconstitucional, desde que ajuizada no prazo de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão (arts. 485 e 495, CPC). O STF, no julgamento do recurso de agravo regimental em Agravo de Instrumento nº 460.439, de 17.08.2006, por maioria do Plenário, manteve a aplicação da Súmula nº 343 (Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais), entendendo que não cabe recurso extraordinário em ação rescisória (AR), se não tiver por objeto somente a fundamentação do acórdão proferido na própria ação rescisória, descabendo suscitar as questões tratadas na decisão questionada, mesmo que tal matéria se refira ao reconhecimento posterior de alguma inconstitucionalidade antes não declarada. Os Min. Gilmar Mendes e Ellen Gracie divergiram para reduzir a interpretação da Súmula, **excluindo-se a matéria constitucional**, ou seja, caberia a ação rescisória quando a decisão trântita em julgado estivesse em desacordo com a decisão de inconstitucionalidade posteriormente reconhecida pelo STF. Alguns tribunais não admitem a rescisória, justificando com a aplicação da Súmula 343, do STF, de que a interpretação é divergente nos tribunais. Mas a questão restou vencida nesse julgamento, que não deu proeminência ao fato se a divergência poder

Certo que na jurisprudência mais recente do STF também se identifica tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a **nulidade radical** dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República, no intuito de abandonar a **teoria da nulidade**. Existe evidente inclinação, embora sem ser admitido explicitamente, para a adoção de técnicas inteiramente compatíveis com a **teoria da nulificabilidade**, de inspiração Kelseniana, em determinadas situações, como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada (*Rechtskraft*) ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a **segurança jurídica**, em atenção ao **princípio da boa-fé**. Tal não passou despercebido pelo Min. Celso de Mello, no julgado antes referido (ADIn 2215-PE): “Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (Celso Ribeiro Bastos, "Comentários à Constituição do Brasil", 4º vol., tomo III/87-89, 1997, Saraiva; Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", p. 147, 2ª ed., Ministério da Justiça, 1997, reimpressão fac-similar, v.g.), que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais, culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica.” Esse entendimento foi adotado pelo STF, por exemplo, quando decidiu pela validade de percepção de gratificação por magistrados, paga em decorrência de ato normativo posteriormente declarado inconstitucional. A despeito da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, a remuneração foi percebida de boa-fé, integrando os vencimentos irrepetivelmente, dado seu caráter alimentar. Igualmente, quando o STF apreciou a legitimidade dos atos praticados e o direito de retenção dos vencimentos pagos a funcionários de fato.³⁴⁰

envolver matéria de interpretação da Constituição. A Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, introduziu regra regulando matéria de **execução judicial**, considerando inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal (art. 741, parágrafo único, do CPC, agora com redação da Lei nº 11.232/2005 e art. 836, parágrafo único, da CLT). Vale lembrar que o Conselho Federal da OAB ajuizou a ADIn 3740, no STF, postulando a inconstitucionalidade do art. 475-L, § 1º, e o parágrafo único do art. 741, do CPC, com a redação alterada pela Lei nº 11.232/05 e parágrafo único do art. 741, do CPC, na redação conferida pela Medida Provisória nº 2.180-35, por atentar contra a segurança jurídica e a própria autoridade do Poder Judiciário, já que um juiz de primeiro grau poderia retirar a eficácia de uma decisão com trânsito em julgado. Na **Itália**, também é negado qualquer efeito à sentença penal condenatória calcada em lei inconstitucional (Lei nº 87, de 1953, art. 30). Para uma referência à **Alemanha**, no mesmo sentido de permitir a **revisão de sentença penal condenatória** com autoridade de coisa julgada, quando se basear em lei incompatível com a Lei Fundamental, consulte-se a *Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha*, § 79, tradução de HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Lei Constitucional-Federal Austríaca**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103.

³⁴⁰ Com relação à adoção da **teoria do funcionário de fato**, pela jurisprudência do STF: RE 79.620; 78.594 e 78.809. Com relação à remuneração dos magistrados baseada em norma considerada inconstitucional: ADI 2215-PE (Informativo 224, transcrições de 17.04.2001); RTJ 55/744 - RTJ 71/570 - RTJ 82/791, 795, referindo, ainda, o Min. Celso de Mello, o julgado seguinte: "**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO**. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período

Mister se registre que o modelo americano, restrito ao caso concreto, limitava-se a proferir a cassação retroativa das providências editadas pelo Executivo ou Legislativo, não se compatibilizando, em princípio, com novas técnicas de decisão da **doutrina prospectiva** (*prospective overruling*), a qual hoje é admitida naquele sistema, constatando-se evolução com a técnica de proceder-se à radical mudança da orientação jurisprudencial até então vigente, todavia, sem que a nova decisão de inconstitucionalidade atinja fatos ocorridos sob a regência normativa tida, agora, por inválida. Nos últimos tempos, a jurisprudência dos EUA, em interessante desenvolvimento no Direito Constitucional, vem apresentando tendência nos tribunais inferiores no sentido de também **impor obrigações positivas**, como o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* [347 US 483 (1954) e 439 US 294 (1955)] e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (*Bounds et al. Vs. Smith et al.*, 430 US 817).³⁴¹

de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 122.202-MG. Relator: Min. Francisco Rezek. DJU 08 abr. 1994, p. 7.243). De registrar-se, por oportuno, a opinião de Gilmar Ferreira Mendes, de que a tentativa um tanto quanto heterodoxa de preservar vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos, com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional, parece carecer de fundamentação jurídica mais consistente. (MENDES, **Jurisdição...**, p. 261-262). Na RTJ 193/877, consta que o STF acabou por produzir mitigação de efeitos com base em artifícios quase que exclusivamente retóricos, quando a retroatividade plena haveria de ser afastada com fundamentos no princípio da **segurança jurídica**, que possui hierarquia constitucional entre nós. Outra observação digna de nota é a doutrina de Hartmut Maurer que Luís Afonso Heck traz à colação, bem demonstrando uma tendência à **nulificabilidade**: "A concepção que a lei anticonstitucional é nula de antemão não é indiscutível, mas corresponde a jurisprudência e a doutrina dominante. Ela resulta da primazia da validade da constituição e do procedimento do controle normativo determinado na lei fundamental, particularmente na concepção, que se expressa no artigo 100, alínea 1, da lei fundamental, do **direito ao exame judicial**, que somente é compreensível dogmaticamente sob o pressuposto da nulidade de leis anticonstitucionais. **Na prática, certamente, a declaração de nulidade está convertendo-se sempre mais em exceção e a declaração de anticonstitucionalidade ou a continuidade da vigência, limitada temporalmente, da lei, em regra.** [grifamos] Contudo deve ser perseverado na nulidade e declaração de nulidade como princípio, cujas exceções carecem de fundamentação" (Maurer, Staatsrecht, S.700, Rn. 84, com indicação da jurisprudência e doutrina). Na RTJ 193, 3, página 871 a observância da necessidade de fundamentação está fixada assim: [...] o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência" (ver também infra, c)2). E em Schlaich: „O dogma da nulidade de leis anticonstitucionais – no tempo de Weimar mal controverso – não é (mais) indiscutido. Ele está defronte da chamada **doutrina da nulificabilidade**" (Schlaich, S. 262, Rn. 369, realçado no original). (HECK, **A nulificabilidade...**, item 3. **A nulificabilidade**. Referências bibliográficas e citações constam na nota de pé de página número 41).

³⁴¹ MENDES, **Jurisdição...**, p. 189. Vide, também, o artigo Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: Uma Proposta de Projeto de Lei(1), Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 23, p. 10 e 11: "É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuava tão enfaticamente a idéia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the unconstitutional statute is not law at all", passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de

Eduardo García de Enterría comenta que a Sentença Constitucional 45/1989, sobre a inconstitucionalidade da imposição conjunta do imposto sobre a renda da ‘unidade familiar’ matrimonial, inaugurou técnica que representa grande progresso (“*gran ganancia*”) no sistema de justiça constitucional espanhol, com a determinação prospectiva dos efeitos **anulatórios – anulação prospectiva** – o que já havia sido desenvolvido nas jurisprudências constitucionais de outros países e nos Tribunais supranacionais europeus (Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, art. 174, 2 do Tratado de Roma e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso **Markx**, de 13 de junho de 1979, sobre decisão prospectiva) em função do controle judicial de leis. O rigor do purismo dogmático da **nulidade geral retroativa** provocaria resultados irracionais. Antes da invenção do que aquele autor denomina **doutrina prospectiva**, a Corte Suprema americana já havia negado a devolução de impostos inconstitucionais já pagos, conforme a obra de O.P. Field, *The Effects of na Unconstitutional Statute*, Minneapolis, 1935, onde só era admitida a devolução a quem houvesse pago sob protesto ou em via de execução forçada; logo, se não se admitisse a **limitação dos efeitos retroativos**, não seria declarada a inconstitucionalidade de um grande número de normas. A **doutrina da absoluta e retroativa nulidade** das leis inconstitucionais conduz “en la dirección de la **greater restraint**”, del más fuerte freno a los pronunciamientos de inconstitucionalidad (Mishkin).”³⁴²

Paulo Bonavides também sustenta a necessidade de criar-se, no plano do controle de constitucionalidade dos atos estatais, “um espaço de tempo intermediário que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição,”³⁴³ o que evidencia a inclinação da doutrina brasileira para outra matriz teórica, acerca da natureza jurídica do ato inconstitucional, cujos efeitos seriam - como se pretende sustentar aqui -, a **nulificabilidade**, em paulatino abandono das bases teórico-doutrinárias norte-americanas, cujos efeitos da inconstitucionalidade seriam, de regra, a **nulidade ipso jure e ex tunc**. Pode-se afirmar que essa

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

³⁴² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 92, p. 5-16, out./dez 1989, p. 8-16. Essa situação em relação à prática norte-americana, também citada na RTJ 193/868, conduz a que se situe o sistema americano de controle de constitucionalidade **no âmbito da nulificabilidade, tanto no plano da constitutividade como no temporal** – essa a opinião de HECK, **A nulificabilidade...**, na nota de pé-de-página número 41.

tendência tem inspiração na Constituição da Áustria e na concepção predominante em suas linhas fundamentais de sistematização, que optou por atribuir efeito *ex tunc*, **excepcionalmente**, dependendo da repercussão da decisão de inconstitucionalidade no caso concreto.³⁴³ Louis Favoreu anota que o **princípio é o da nulificabilidade (annulation)**: “Le principe est celui de la non-rétroactivité de la décision d’annulation;” revelando-se muito eficaz, sendo que o largo poder de a Corte poder organizar os efeitos temporários de suas decisões, está fundado sob o fato de que a

³⁴³ BONAVIDES, **Curso...**, p. 308. Vide, também, transcrição da ADIN (MC) 2.215-PE, Rel. Min. Celso de Mello, 17.04.2001, no Informativo do STF nº 224.

³⁴⁴ **ÁUSTRIA. Lei Constitucional-Federal Austríaca.** Tradução de Luís Afonso Heck. Nota 1: “A tradução tem por base o texto impresso no BGBl. Nr 1/1930 na redação que lhe foi dada pela última modificação publicada no BGBl. Nr. 100/2003 e também tradução recentemente editada no livro: **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Lei Constitucional-Federal Austríaca.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 124: **Art. 140 [...]** (3) O tribunal constitucional deve anular uma lei como anticonstitucional somente à medida que sua anulação foi solicitada expressamente ou que o tribunal constitucional tivesse de aplicar a lei no assunto judicial nele pendente. Se o tribunal constitucional, contudo, chega à concepção que toda a lei foi expedida por um órgão de dação de leis, não-chamado segundo a repartição de competências, ou foi publicado de modo anticonstitucional, então ele deve anular toda a lei como anticonstitucional. Isso não vale se a anulação de toda a lei manifestamente é contrária aos interesses jurídicos da parte, que apresentou uma solicitação segundo a última proposição da alínea 1 ou cujo assunto judicial deu lugar à abertura de um procedimento de exame de lei, de ofício. (4) Se a lei já ficou sem vigor na data do pronunciamento da decisão do tribunal constitucional e se o procedimento foi aberto de ofício ou a solicitação apresentada por um tribunal, por um tribunal administrativo independente, pela secretaria de adjudicação federal ou por uma pessoa, que afirma estar violada imediatamente pela anticonstitucionalidade da lei em seus direitos, então o tribunal constitucional deve declarar se a lei era anticonstitucional. A alínea 3 vale conforme o sentido. (5) A decisão do tribunal constitucional, com a qual uma lei é anulada como anticonstitucional, obriga o chanceler federal ou o governador competente à publicação sem demora da anulação. Isso vale conforme o sentido para o caso de uma declaração segundo a alínea 4. A anulação entra em vigor com o expirar do dia da publicação se o tribunal constitucional não determina um prazo para o ficar sem vigor. Esse prazo não deve exceder 18 meses. (6) [...].(7) Se uma lei foi anulada por anticonstitucionalidade ou se o tribunal constitucional declarou, segundo a alínea 4, que uma lei era anticonstitucional, então todos os tribunais e autoridades administrativas estão vinculados à decisão do tribunal constitucional. A todos os tipos realizados antes da anulação, com exceção do caso motivador, a lei, contudo, deve ser aplicada mais além, a não ser que o tribunal constitucional declare outra coisa em sua decisão anuladora. **Se o tribunal constitucional em sua decisão anuladora fixou um prazo segundo a alínea 5, então a lei deve ser aplicada a todos os tipos realizados até o decurso desse prazo, com exceção do caso motivador** (grifamos). Esclarece Gilmar Ferreira Mendes que o **modelo da Constituição austríaca** demonstra que a validade da lei ou do direito inconstitucional pressupõe uma **“alternativa normativa”** (art. 140, V, e VII, da Constituição austríaca), que a ordem constitucional alemã não conhece (A Lei Fundamental Alemã não dá a flexibilidade que a Constituição Austríaca outorga diretamente, sendo a matéria dos efeitos deferida a regulação pela Lei Sobre o Tribunal Constitucional Alemão). Na nota explicativa nº 16, consta que consoante o art. 140, V, da Constituição austríaca, a declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a declaração de nulidade. A lei somente é cassada a partir da publicação do julgado (eficácia *ex nunc*), se a Corte Constitucional não estabelecer prazo para o encerramento de sua vigência. E na nota explicativa nº 18, esclarece que a Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de discricção para dispor sobre as conseqüências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, VII, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, V e VII). Mais adiante, em outra nota (nº 21) discorrendo sobre o **modelo italiano**, Gilmar Mendes cita Zagrebelski dizendo que tanto o decurso dos prazos de decadência ou de prescrição quanto o advento da coisa julgada impõem limites à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. O problema da eficácia *ex tunc* está inteiramente vinculado à possibilidade de impugnação dos atos singulares, não tendo, por isso, natureza constitucional. “[...] **A amplitude da eficácia ex tunc é definida em lei.** Dessa forma, pôde o legislador italiano conferir significado amplo à declaração de inconstitucionalidade da lei no âmbito do **Direito Penal**, negando qualquer efeito à sentença penal condenatória calcada em lei inconstitucional (Lei n. 87, de 1953, art. 30) (Zagrebelsky, La giustizia costituzionale, p. 174)” - Grifamos. (Vide MENDES, **Jurisdição...**, p. 191-192).

nulificabilidade de uma lei é, do ponto de vista formal, uma função legislativa, razão pela qual Kelsen qualificou a Corte Constitucional austríaca de **legislador negativo**.³⁴⁵

8.2 Limites À Eficácia Ex Tunc

A orientação do constitucionalismo brasileiro, constatada a partir do substrato fático-teórico que determinou a edição da Carta Republicana de 1891, valendo consultar-se Ruy Barbosa, quando desenvolve **os limites entre o político e o jurídico**, reduzindo o âmbito de atuação deste por força do chamado **judicial self-restraint**, quer dizer, uma auto-restrição dos tribunais ou da Corte Suprema da insindicabilidade ou prevalência da opção **política** do legislador (*favor legis*), opunha-se à idéia de fixação dos efeitos das decisões, dependendo estas da ponderação, por exemplo, a respeito da manifesta injustiça, dano para o bem público, lesão a interesses dignos de proteção dos particulares, etc.³⁴⁶

Com a edição do art. 27, da Lei n° 9.868, de 10.11.99 (também, do art. 11, da Lei n° 9.882, de 3.12.99, com mesma redação), foi introduzida inovação ao se conferir amplitude ao regime jurídico inerente aos efeitos resultantes da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, com possibilidade de disposição sobre as conseqüências das decisões do STF. Com clara inspiração no modelo constitucional positivado na Áustria, art. 140, alíneas 5 e 7 (onde a decisão de inconstitucionalidade tanto pode dizer que não retroage, para ser aplicada a outros

³⁴⁵ FAVOREU, Louis. **Les cours constitutionnelles**. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 44-45: “<<En pratique, ce large pouvoir de la Cour d’organiser l’effet temporaire de ses décisions s’est avéré très efficace. Il est fondé sur le fait que l’annulation d’une loi est, du point de vue formel, une fonction législative. Ainsi Kelsen a qualifié la Cour constitutionnelle de ‘législateur négatif’.>>” Salientando que uma **centralização do poder de examinar normas em sua juridicidade** deve ser justificada em todos os sentidos e que, quando se transfere esse exame a uma única autoridade, passamos a lidar com a cassação não somente limitada ao caso particular, mas com a **nulificação da norma geral ao todo**, ingressando na discussão do **legislador negativo**, Luís Afonso Heck, amparado nas lições de Hans Kelsen, utilizando a nomenclatura “dador de leis negativo”, escreve: “Aqui se coloca a questão do dador de leis negativo. **A cassação de normas gerais (leis, regulamentos, etc.) pelo tribunal constitucional é uma sentença judicial que tem caráter legislativo, ou seja, o tribunal como dador de leis negativo** (Kelsen, Wesen, S.87). Em outro lugar diz Kelsen: „Se é transferido a um „tribunal” o poder de anular uma lei, **então ele está autorizado à fixação de uma norma geral. Porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter geral como a promulgação de uma lei.** Anulação é de certo modo somente promulgação com um sinal negativo”(S. 54, aspas no original) [...]” - grifamos. (HECK, **A nulificabilidade..., título III, item 3. A Nulificabilidade**, nota de pé de página número 40).

³⁴⁶ BARBOSA, **A Constituição...,** p. 129-149. Assenta HESSE, **Elementos...,** número de margem 83, p. 73, que na relação entre jurisdição constitucional e legislação, coloca-se a questão de quem é chamado, em primeiro lugar, para a concretização da Constituição. Deve-se manter, no possível, a validade da lei, com atitude reservada judicial,

processos não cobertos pela coisa julgada, como pode fixar prazo de até dezoito meses - vide última versão da Constituição Austríaca, de 2003, traduzida por Heck - dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei inconstitucional)³⁴⁷, mas, sobretudo, tendo em conta que a nova percepção do tema reflete também a experiência da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal germânico (Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, § 31, 2, 2º e 3º períodos e 79, 1 e § 95, 3).³⁴⁸

jurídico-funcionalmente, diante do legislador, pois vigora o **Princípio da Primazia do Legislador** na concretização da Constituição.

³⁴⁷ HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Lei Constitucional-Federal Austríaca**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123-124. Vide, ainda, outros modelos, com disposições semelhantes, como, por exemplo, no direito Português (art. 282, n. 4, na redação dada pela 4ª Revisão/1997), na Espanha (art. 164) e na Itália (art. 136).

³⁴⁸ A **Itália**, assim como a Alemanha, adotou a doutrina da eficácia *ex tunc*, da retroatividade, considerando que a inconstitucionalidade é causa de **absoluta nulidade**, ou seja, ineficácia *ab origine e ipso jure* das leis, antes mesmo que a inconstitucionalidade seja declarada solenemente e vinculativamente pela sentença da Corte Constitucional. Ao contrário, a Áustria, confere eficácia apenas *ex nunc ou pro futuro*, como visto na nota explicativa acima, na transcrição do art. 140, daquela Carta. Contudo, exigências práticas levaram a uma atenuação do rigor teórico tanto da doutrina da **não-retroatividade** da Áustria, como exigências práticas atenuaram a contraposta **doutrina da eficácia ex tunc**, tanto nos EUA, como na Alemanha e Itália, para que fossem respeitados certos “efeitos consolidados”, mormente no âmbito penal (vide CAPPELLETTI, **O Controle...**, p. 119-124). Na **Itália**, prevê o **Art. 136**: “Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo allá pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.” O **art. 30, nº 3 e 4**, da Lei 87, de 11.3.1953, constitui-se lei constitucional que estabelece as condições, a forma e os termos de proposição dos juízos de legitimidade constitucional, prevista no **art. 137, § 2º**, da Constituição da República Italiana. Assim, são ressalvadas situações cujos efeitos já se encontram exauridos, tais como as abrangidas por sentenças passadas em julgado, os atos administrativos definitivos, etc. paralisando-se as conseqüências da norma inconstitucional. Na **Espanha**, prevê o **Artigo 164**: “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.” E o **Art. 165**: “Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.” Em **Portugal**, prevê o **Artigo 282**: “(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade): 1. 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. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2”. Quanto ao **Art. 140**, da **Constituição da Áustria**, vide tradução de HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Lei Constitucional-Federal Austríaca**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123-124 e, no mesmo livro, p. 84, 103 e 112, da **Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**, valendo consultar o **§ 79 do Bundesverfassungsgerichtsgesetz**, de 12 de março de 1951, com as últimas modificações de 15.12.2004 (BGBl. IS. 3396), que diz o seguinte: “§ 79.[Efeito da decisão] (1) Contra uma sentença penal com coisa julgada, que se baseia em uma norma declarada incompatível com a lei fundamental ou, segundo o § 78, nula, ou na interpretação de uma norma que foi declarada incompatível com a lei fundamental pelo tribunal constitucional federal, é admissível a revisão do procedimento, segundo as prescrições do código de processo penal. (2) De resto, permanecem, salvo a prescrição do § 95, alínea 2, ou uma regulação legal particular, intatas as decisões não mais

Flexibilizou-se, é verdade, o entendimento segundo o qual os efeitos da declaração de nulidade resultam sempre *ipso jure e ex tunc*, mas apesar das limitações impostas aos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida com base na doutrina da nulidade absoluta e retroativa, não houve dispensa de que fique explicitado pelo *quorum qualificado*.³⁴⁹

A Comissão de Juristas, presidida por Caio Tácito, em face dessas situações (amplitude e regime jurídico inerente aos efeitos resultantes da declaração de inconstitucionalidade), e outras como o caso da omissão legislativa inconstitucional, absoluta ou relativa, cuja declaração de nulidade não configura técnica adequada para eliminação de situação inconstitucional, pois aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, coerente com a evolução do Direito Constitucional comparado,³⁵⁰ introduziu no sistema brasileiro, **ampliando a já complexa tessitura das técnicas de decisão**, a inovação constante no **art. 27, da Lei nº 9.868/99**, claramente inspirada nos sistemas constitucionais positivados no direito português e alemão.³⁵¹

Impõe-se registrar, contudo, que esse dispositivo foi objeto de impugnação em sede de ADIns propostas pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais - CNPL e Conselho Federal da OAB (ADIn 2.154-DF e ADIn 2.258-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), sob alegação de que a matéria nele versada está sujeita à reserva da Constituição, não podendo ser disciplinada pelo legislador comum (afrontaria os arts. 5º, I, II e XXXV e 102, I, “j”, da CF). De referir, também, que o STF considerou que é constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, artigo 28, parágrafo único)³⁵². Na realidade, depende do

impugnáveis, que se baseiam em uma norma declarada nula, segundo o § 78. A execução de uma tal decisão é inadmissível. À medida que a execução coercitiva, segundo as prescrições do código de processo civil, deve ser realizada, vale analogamente a prescrição do § 767 do código de processo civil. Pretensões de enriquecimento injustificado estão excluídas” (p.103). Ver, também, CAPPELLETTI, **O Controle...**, p. 124, notas 17 e 18. Sobre o § 31, quanto à **obrigatoriedade das decisões**, consulte-se, supra, item 6.2.5 (**A Força de Lei e o Efeito Vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**).

³⁴⁹ ZAVASCKI, **Eficácia...**, p. 49 e RJTJRGs v. 234/38-9.

³⁵⁰ Cf. HECK, **O Recurso...**, p. 130, nota 192: O autor refere a justificativa da “**teoria do caos**” quando disserta sobre a **declaração de incompatibilidade**, uma das fórmulas decisórias elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, quando necessita declarar uma lei incompatível com a Lei Fundamental, sem, todavia, afirmar sua **nulidade**, já que esta declaração configuraria um estado que situar-se-ia mais distante da ordem constitucional do que a regulação inconstitucional.

³⁵¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

³⁵² BRASIL. Ag.Reg/QO na Recl 1880-SP, de 7 nov. 2002. Relator: Min. Maurício Corrêa. Entendeu, também, que a **eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade**, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Constituição Federal, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas **ações diretas de**

ordenamento jurídico-legal de cada país, a disciplina dos vários efeitos decorrentes da retirada de uma lei inconstitucional do sistema, como se verifica, por exemplo, na disciplina da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, § 31, 2.

Conforme o enunciado normativo do art. 27, diante de **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Tribunal, por maioria qualificada de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração de nulidade, ou decidir que ela somente tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado **ou de outro momento que venha a ser fixado**. Permite o afastamento do princípio da nulidade *in concreto*, se a declaração resultar por distanciar-se mais ainda da vontade constitucional. Ex. lesão positiva ao princípio da isonomia.

As hipóteses previstas no art. 27, da Lei 9.868/99 são de **indeterminação de preceito** ou uma **norma de conformação extremamente aberta** (fórmula marcadamente abstrata) e, de acordo com Luís Afonso Heck, os **conceitos jurídicos indeterminados** devem ser dotados de clareza normativa e de justiciabilidade, não podendo deixar à discricção da administração os limites da liberdade dos cidadãos, unilateralmente, sendo necessário, ainda, que a prescrição normativa seja precisa em seus **pressupostos** e em seu **conteúdo**, a fim de que, aqueles por ela afetados, reconheçam a situação jurídica e possam regular sua conduta de acordo.³⁵³ Logo, na sua aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso experimentado, à luz das circunstâncias correntes, realizando-se, assim, o direito em sua concretude, o que implica maior participação decisória dos magistrados. Para Karl Engisch os **conceitos jurídicos indeterminados** são formas de afrouxamento da vinculação legal, sendo um conceito cujo conteúdo e extensão, em larga medida são incertos.³⁵⁴

O Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, relatando pedido feito na MC 2.900-RS, classificou a **segurança jurídica** como **sub-princípio do Estado de Direito**, concedendo assento

inconstitucionalidade. Nessa reclamação ampliou-se o conceito de parte interessada, da Lei nº 8.038/90. Na ADIn 2154, a PGR opinou pela ausência de pertinência temática entre as normas impugnadas e o interesse da classe representada pela CNPL e pela constitucionalidade do dispositivo supracitado, caso vencida a preliminar. A ADIn da OAB, nº 2258, impugnando o art. 27, da Lei nº 9.868/99, foi apensada à ADIn 2154, sendo que os pedidos de medida cautelar das duas ações aguardam julgamento.

³⁵³ Cf. HECK, **O Tribunal...**, p. 206.

³⁵⁴ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1964, p. 173. Vide, para mais, inclusive sobre a distinção entre **cláusula geral** e **conceito jurídico indeterminado**: ENGISCH, op. cit., p. 192-193; HECK, op. cit., p. 206; MAURER, **Elementos...**, p. 54-55 e MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 228-232, 2002. Ainda, sobre a

constitucional ao tema, embora não se identifique no texto constitucional norma explícita conferindo-lhe esse *status*, caracterizando-se, pois, **princípio ou postulado do Estado de Direito** não-escrito, encerrando uma idéia mais abrangente, de aplicação genérica, a qual tem servido para suprir a insuficiência do **princípio do direito adquirido**, abrigo situações que traduzem a **proteção da confiança** depositada na subsistência de um dado modelo legal.³⁵⁵ Ainda, o citado

função como critério de interpretação da **cláusula geral da boa-fé** no CDC, o artigo AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista Direito do Consumidor, São Paulo**, v. 14, p. 20-27, 1995.

³⁵⁵ BRASIL. No Informativo do STF nº 310, de 26 a 30 de maio de 2003, Petição (MC) 2.900-RS, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes é reconhecida, pela primeira vez, a **segurança jurídica na condição de princípio constitucional, entendida como proteção à confiança, servindo**, conforme primoroso artigo de doutrina de (SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 237-315, jul./set. 2004), como limite ao poder da Administração Pública de anular seus atos administrativos (p. 284). Na ADIn 3.105-8, no julgamento das arguições de inconstitucionalidade da EC nº 41/2003 (**Reforma da Previdência**), de 18.08.2004, o mesmo Ministro reitera a idéia de que o **princípio da proteção da confiança** justifica o controle da conformidade constitucional de uma lei pelo Tribunal Constitucional. A **segurança jurídica** tem sido postulado de utilização mais freqüente em recentes julgamentos: RE 442683-RS (**Segurança Jurídica e Modulação Temporal dos Efeitos**), Rel. Min. Carlos Velloso, transcrições no Informativo nº 413, do STF; RE 197.917-8-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

No Informativo do STF nº 336, consulta-se fonte jurisprudencial que explicita o conteúdo do **princípio da segurança jurídica**, erigindo-o a **subprincípio do Estado de Direito**: MS N. 24.268-MG. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. **EMENTA**: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. **Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.** 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. **Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.** 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). A respeito do **conceito indeterminado da segurança jurídica**, cabe lembrar a doutrina de CANOTILHO, **Direito constitucional...**, p. 252. “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial [...] (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” Do artigo do Prof. Almiro do Couto e Silva, citado antes, convém destacar, para o que se vêm sustentando aqui, a propósito de uma mutação da doutrina que vincula

Ministro, novamente, no MS 24.268-MG, tratando do processo administrativo e contraditório, consignou que a **segurança jurídica**, tendo assento constitucional como subprincípio, assume valor impar no sistema jurídico, cabendo-lhe “papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.”³⁵⁶

A **segurança jurídica** tem índole constitucional e assume posição de **critério normativo** desenvolvendo-se como uma concretização jurídico-normativa do **princípio do Estado de Direito**. Daí resulta a abertura de um sistema formado a partir de princípios jurídico-constitucionais, acrescentando Luís Afonso Heck que “há uma série de determinações constitucionais, que, para o seu âmbito de aplicação, apresentam uma concretização do Princípio do Estado de Direito, cuja validade não está limitada a determinados setores jurídicos.”³⁵⁷ O Estado de Direito serve como fundamento de validade constitucional da **segurança jurídica** porque não pode ser concebido como a-histórico e, por isso, estático. O Estado de Direito alcança a sua configuração concreta somente mediante a referência a uma determinada situação histórica e na indagação da consciência jurídica geral em cada momento (concretização consoante com dados objetivos). Descobre-se, a partir dessa remissão ao plano da *praxis*, a conexão sistemática da **segurança jurídica** como subprincípio, a

inconstitucionalidade a nulidade, a inexistência, por enquanto, de uma **fundamentação ou construção doutrinária abstrata** sobre os efeitos prospectivos da nulidade no controle de normas, o que só tem ocorrido, como vemos, com argumentações pragmáticas, ponderadas em circunstâncias de cada caso, valendo conferir a observação do Professor da UFRGS, na nota 28, p. 283-4, do artigo mencionado: “Já referimos (nota 7, supra) que **a Alemanha foi o primeiro país a reconhecer, expressamente, a segurança jurídica como princípio constitucional** e obstativo, em determinadas circunstâncias, do poder da Administração de anular seus próprios atos administrativos. No direito norte-americano, ficou visto que a Suprema Corte dos Estados Unidos há muito admite que, em consideração à boa fé dos interessados ou à segurança jurídica, possa ser negada à sentença declaratória de inconstitucionalidade de lei a eficácia **ex tunc** que ordinariamente é conferida a decisões dessa natureza. Contudo, a Suprema Corte guia-se, nesses casos, por considerações pragmáticas, **sem se preocupar em definir os fundamentos teóricos ou identificar princípios constitucionais que sirvam de premissa para a decisão**, ou seja, sem expressamente reconhecer à boa fé ou à segurança jurídica a qualidade de princípio constitucional. No entanto, só um valor ou princípio constitucional poderia atenuar ou mesmo afastar o princípio da supremacia da Constituição, ou da nulidade **ipso jure** da lei inconstitucional ou ainda da eficácia **ex tunc** da sentença declaratória de inconstitucionalidade” (grifamos). Especificamente, a propósito da **segurança jurídica**, PÈREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Seguridad jurídica**. 2. ed. Ver. y puesta al día. Barcelona: Ariel, 1994. Consultar, ainda, KELSEN, **Teoria...**, que afirma ser o princípio do Estado de Direito, no essencial, o princípio da **segurança jurídica**, no contexto ali expandido (Ibidem, p. 269). A contribuição de Karl Larenz, vendo o **princípio da confiança** como um aspecto do princípio da segurança jurídica e um elemento nuclear do Estado de Direito material, somando-se que o **princípio da confiança** tem um comportamento de **ética jurídica** que se expressa no **princípio da boa-fé**: “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar [...] é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica [...]”; “[...] Dito princípio [boa-fé] consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é **imputável**, quando o que a suscita sabia ou tinha de saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. [...] Segundo a opinião atual, (esse princípio da boa-fé) se aplica nas relações de direito público” (LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985, p. 91, *apud* LIMA, **Os efeitos...**, p. 201).

³⁵⁶ Vide Informativo STF nº 343/2004 e nota supra, onde consta transcrição da ementa.

partir daquela idéia diretriz (**Princípio do Estado de Direito**), ampliando-se o conhecimento do Direito e servindo, ao mesmo tempo, para a interpretação das normas e para o preenchimento de lacunas (concretização normativa de um preceito constitucional), garantindo, simultaneamente, a unidade valorativa e a deducionabilidade no desenvolvimento do Direito Constitucional.³⁵⁸

Quanto ao significado indeterminado do conceito jurídico de **interesses sociais**, vale a mesma argumentação relativa à **segurança jurídica**, porque a formulação abstrata denota uma pauta vaga e aberta a ser fixada de acordo com a realidade dos fatos, contendo uma delegação ao órgão julgador, para elaborar um juízo valorativo dos interesses em jogo e cuja definição da norma de dever a ser aplicada, atenderá a critérios jurídicos conformes com os valores mencionados na Constituição.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, valendo-se das lições de Renato Alessi, salienta que a organização jurídica da coletividade representa a prevalência de uma determinada série de interesses coletivos sobre qualquer outro interesse, individual ou coletivo, que exista no seio da coletividade e que esteja em contraste com aquele. Ao conjunto dos interesses coletivos prevalentes, tem-se chamado **interesse coletivo primário**, sendo que Alessi denomina como **interesse público**, nada mais que o próprio **interesse coletivo primário**. Arremata aquela autora: “Assim, quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela do interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é, a considerá-lo.”³⁵⁹ Outrossim, o interesse público dito primário não se confunde com o interesse público secundário, que é o interesse do próprio Estado, o qual, embora encarne, como pessoa estatal, o interesse do todo, pode também descurar os interesses da coletividade aqui indicados.

³⁵⁷ HECK, **O Tribunal...**, p.175. Vide, a propósito, sobre os preceitos da **confiança e certeza jurídica**, com implicação similar a aqui abordada, o sub-item **6.2.4.3 Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?**

³⁵⁸ Vide HECK, **Apresentação** do livro de CACHAPUZ, **Intimidade...**, p. 25, onde ressalta, referindo-se a cláusulas gerais, o **caráter discursivo da interpretação** na concretização da Constituição como aceito pelo Tribunal Constitucional (discurso prático de argumentação racional), o que vale para o enunciado normativo ora tratado, dada a textura aberta de sua estrutura: “A interpretação, em especial, do direito constitucional, tem o caráter de um discurso, no qual, também em trabalho metodologicamente livre de objeção, são oferecidas declarações não absolutamente corretas, que não podem ser duvidadas entre especialistas, mas são feitos valer fundamentos, outros fundamentos são opostos, e, finalmente, os melhores fundamentos devem decidir. Nesse método de trabalho científico é indicado que o autor esteja disposto a pôr em questão as suas concepções também no âmbito do defensável com bons fundamentos e, dado o caso, a modificar sua opinião.”

³⁵⁹ FERRARI, **Efeitos...**, p. 313.

De forma sintética, essa pode ser a idéia do que se deve entender por interesse social no preceito em comento. Contudo, o **excepcional interesse social** pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais, sendo que o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa **ponderação concreta**, que a declaração de inconstitucionalidade *ipso jure et ab initio* envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro princípio ou valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Trata-se de análise fundada no **princípio da proporcionalidade**, também chamado de **princípio do devido processo legal em sentido substantivo**, que fará prevalecer a retroatividade da nulidade (*ex tunc*) ou outro fundamento constitucional próprio manifestado sob a forma de **interesse social**. Dependerá o juízo de **ponderação** das máximas parciais do princípio da proporcionalidade, da **adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito** e da **concordância prática** entre os bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente.³⁶⁰ Acreditamos ser inteiramente pertinente aqui, a exposição de Luís Afonso Heck, ao considerar as formulações de normas com elementos do tipo e das conseqüências jurídicas mais vagas, abstratas ou gerais (refere-se que essas características se encontram nas **cláusulas gerais**) e que reclamam, para a aplicação da norma, uma diminuição do grau de vagueza ou abstração, fazendo valer relações de fundamentação que produzirão coerência jurídica, apoiando-se nas lições de Alexy para afirmar:

- a) o Tribunal Constitucional Federal assumiu, para a **solução de colisão dos direitos fundamentais**, o modelo de argumentação desenvolvido por Hesse sob a expressão **‘concordância prática’**;
- b) o modelo de **ponderação**, desenvolvido por Alexy, para o cumprimento da tarefa de otimização corresponde ao denominado **princípio da concordância prática** e esse modelo de ponderação, como um todo, dá um critério ao ele enlaçar a lei de ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional;
- c) considerado realisticamente, a interpretação constitucional e a concretização constitucional estão **dominadas por ponderação**, ou seja: a decisão jurídico-constitucional deriva de uma ponderação entre normas constitucionais em sentido contrário ou, na concretização de uma norma constitucional, de uma ponderação entre interesses públicos e privados divergentes, protegidos jurídico-constitucionalmente; [...]. (grifamos)³⁶¹

³⁶⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. No voto de vista da Medida Cautelar em Reclamação nº 2.391-5-PR, também, especificamente, no sentido de que a decisão que entender limitar os efeitos da inconstitucionalidade por motivo de **excepcional interesse social** está condicionada pelo **princípio da razoabilidade e da proporcionalidade**, FERRARI, *Efeitos...*, p. 315. Sobre a **concordância prática**, ver HESSE, *Elementos...*, número de margem 72, p. 66.

³⁶¹ Vide HECK, *Apresentação*, do livro de CACHAPUZ, *Intimidade...*, p. 19-21. Vale a pena conferir a **nota de pé de página nº 24**, p. 20, onde Heck, anunciando nova tradução de obra de Robert Alexy, dá sua justificação para o **preceito da proporcionalidade** como derivação do **Estado de Direito**: “24 Ver ALEXY, Robert. *Die Gewichtsformel*. Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin: De Gruyter, 2003, S. 771 ff. Versão portuguesa: **a fórmula do peso** (no prelo; tradução Luís Afonso Heck). **O mandamento da ponderação é o terceiro subprincípio parcial do princípio da proporcionalidade**. Quando Alexy diz que o princípio da proporcionalidade resulta logicamente do caráter de princípio (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S.100. Versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 112. Tradução: Ernesto Garzón Valdés), então isso deve ser entendido no sentido de implicação (ver para isso QUINE, Willard Van Ormann. *Grundzüge der Logik*. Frankfurt

Coloca-se a questão se o STF, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente, mantendo atos praticados com base em lei inconstitucional, em virtude de fatores extravagantes, não estaria assumindo a **função de legislador positivo**, legislando ao invés de julgar? É o caso, por exemplo, da decisão do STF que admitiu que lei que concedia **prazo em dobro para a defensoria pública** era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.³⁶²

am Main: Suhrkamp, 1969, S.62 ff. Tradução de Dirk Siefkes. Título original: *Methods of Logic*) e quando Alexy fala que o **princípio da proporcionalidade é deduzível do caráter de princípio** (mesma obra, S. 100, página 112), então isso deve ser entendido no plano jurídico-constitucional, ou seja: **porque enraizado no princípio do estado de direito, o preceito da proporcionalidade é dele derivado** (ver HECK, *O Tribunal...*, p. 176, com indicação da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal). Conseqüência prática: **como é derivado do princípio do estado de direito a sua violação constitui-se em uma violação da constituição e, portanto, o Tribunal Constitucional Federal pode ser chamado**. No Brasil poderia valer a mesma coisa.”(grifamos). Conslte-se, ainda, sobre o tema ALEXY, *Constitucionalismo...*, p. 131 et seq.

Cumprir consignar, a propósito da limitação dos efeitos da inconstitucionalidade e da inaplicação, por conseguinte, do chamado **princípio da nulidade**, que, se por um lado, as considerações doutrinárias supramencionadas, buscadas em Luís Afonso Heck, em nossa opinião, tem inteira aplicação para solução dos conceitos vagos de **segurança jurídica e interesse social**, podendo ser resolvidos à luz de um juízo de **ponderação concreta de bens e análise fundada no princípio da proporcionalidade**, conforme expandido supra ; por outro lado, deve ser dito que, em recente escrito, ainda não publicado, Heck, fazendo rigoroso exame acerca da **nulificabilidade** e da **nulidade**, firma opinião de que a **nulidade não é direito fundamental, não servindo como um mandamento de otimização**, na lição de Alexy, também **não é princípio formal**, não podendo se apresentar como um princípio em sentido contrário e porque é um princípio não-escrito, sua base não pode ser procurada na **imagem global pré-constitucional**, fazendo menção a Konrad Hesse, finalizando com a seguinte conclusão: “[...] **segurança jurídica e excepcional interesse social não são fatores de constitutividade (segurança jurídica pode, sob determinadas circunstâncias dadas, falar até em favor da nulidade – como caso limite da nulificabilidade (nulificação com força retroativa) -) também não são, nessa conexão, critério normativo** (ver HECK, op. cit., p. 186). **Pode-se dizer que eles apresentam-se como bens coletivos e nesse sentido podem ser objetos de princípios do mesmo modo como outros objetos (direitos individuais ou não) podem ser de princípios em sentido contrário**. (Alexy, op. cit., p. 98). O artigo 11, § 1º da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, parece confirmar isso” (grifamos). Sustenta, ainda, Heck, que a questão da ausência de uma instância única competente para a rejeição não se mostra tão relevante, na medida em que o STF decidiu que o **controle difuso** não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos (RTJ 193, 3, página 869), não havendo dúvida de que **a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade**, podendo ser aplicado tanto no controle direto como no controle incidental. Arremata Heck, dizendo que o sistema difuso (com essa nomenclatura aparece no texto do autor) pode ter a **idéia da nulidade (alemã, indicando a RTJ 82)** e a **nulificabilidade de Kelsen**. O decisivo não é isso, segundo aquele autor, mas sim a **questão da rejeição**: ou ela é tacitamente aceita (por decorrência da formação de precedente jurisprudencial) ou ela é vinculativa (§ 31, alínea 1 e 2, da Lei sobre o Tribunal Federal alemão). (HECK, *A nulificabilidade...*, item 3. **A nulificabilidade**. Na nota de pé de página número 41, 2, letras “d” e “e”).

³⁶² BRASIL. HC 70.514, j. em 23 mar. 1994. Aqui, vale fazer o registro de que poder-se-ia sustentar, com inteira pertinência, tratar-se o exemplo acima de uma das, chamadas por Heck (em relação ao Tribunal Constitucional alemão), **“fórmulas decisórias”**, nomeadamente, da **“decisão-apelo”** (essa expressão não tem, na doutrina alemã, entendimento uniforme, pois uma parcela doutrinária também a identifica com a declaração de incompatibilidade conjugada com um apelo), ou **decisão de situação ainda constitucional** (*noch verfassungsgemäss*) com **“apelo ao legislador”** (*Appellentscheidung*), segundo a qual, os defeitos jurídico-constitucionais da lei, em razão de interesses e pontos de vista prioritários, jurídico-constitucionais relevantes, ainda não levam à decretação de sua nulidade, mas a uma notificação do legislador sobre os fundamentos da decisão, com prazo para o cumprimento do dever legislativo de remover o defeito. A situação não é “ainda inconstitucional”, restando rejeitada, pois, a arguição de inconstitucionalidade, mas essa **decisão é vinculada** com o apelo para que o legislador, dentro de um prazo, proceda à correção da situação. Contudo, na decisão do STF, a condição de que vigore o **prazo em dobro**, enquanto a defensoria pública não estiver estruturada, não contém estabelecimento de prazo para o cumprimento desse dever legislativo, sendo por tempo indeterminado. Logo, na prática, não existe vinculação jurídica que determine a obediência dos destinatários. Enquanto não houver estruturação da defensoria pública, ao contrário de uma norma geral (nulidade) fixada em *actus contrarius* de verdadeiro **legislador negativo**, temos, verdadeiramente, uma nova

A função do STF pode ser equiparada a de um verdadeiro **legislador negativo**. Como afirma Kelsen, trata-se de antiquíssimo dilema platônico: *politeia* ou *nomoi*? **Reis-juízes ou legislador régio?** Do ponto de vista teórico, o tribunal constitucional, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, fixando vinculativo-juridicamente e determinante, assim, o **actus contrarius** correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como **legislador negativo**.³⁶³ Valendo a lição para a atuação do STF, diz Hesse que deve ficar ao legislador, fundamentalmente, um espaço amplo de **liberdade conformadora**, onde terá primazia na concretização da Constituição; que o Tribunal Constitucional Federal não tem de examinar se uma resolução legal é a mais conveniente, razoável ou justa e também não é assunto seu dar ao legislador recomendações legislativas gerais, mas, em seu controle jurídico, deve restringir-se a uma densidade de controle menor, tudo porque permanece vinculado à Constituição, em particular, à **divisão constitucional de funções**, sendo-lhe vedado imiscuir-se nas funções de outros órgãos.³⁶⁴

norma geral positiva (Vide artigo de HECK, O recurso..., p. 129 e nota de pé de página nº 199). Sobre “**fórmulas decisórias**”, ver supra, no tópico **6.2.6 (Procedimento Prévio como Requisito de Garantia do Controle Normativo)**.

³⁶³ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 263. Citando Kelsen, Heck acrescenta: „Considerado teoricamente, a diferença entre um tribunal constitucional competente para a cassação de leis e um tribunal civil, penal ou administrativo normal é esta, que este, do mesmo modo como aquele é **tanto aplicador do direito como criador do direito, que este, porém, somente cria normas individuais, enquanto aquele, ao ele aplicar a constituição a um tipo da criação de lei, chega a uma anulação da lei anticonstitucional, uma norma geral – precisamente não cria, mas nulifica**, isto é, fixa um actus contrarius correspondente à criação do direito, isto é – como eu formulei -, funciona como „**dador de leis negativo**” – grifamos - (HECK, **A nulificabilidade...**, item **3. A nulificabilidade**. Na nota de pé de página número 40). Nessa mesma nota do artigo, mais abaixo, deve ser mencionado o levantamento feito por Heck, de como o STF atua como **legislador negativo**: “O supremo tribunal federal fala ocasionalmente em dador de leis negativo. Os casos, nos quais isso ocorre, podem ser divididos em três grupos: **1) Rejeição**: RTJ 143, 1 (57 e seguintes); RTJ 146, 2 (461 e seguintes); RTJ 154, 2 (401 e seguintes); RTJ 161, 3 (739 e seguintes); RTJ 178, 1 (22 e seguintes); RTJ 180, 3 (1180); RTJ 182, 3 (1102); RTJ, 3 (1170); RTJ 189, 1 (344) **2) Omissão absoluta**: RTJ 185, 3 (794 e seguintes) **3) Omissão relativa**: RTJ 171, 3 (984 e seguintes); RTJ 175, 3 (1137); RTJ 178, 1 (117 e seguintes); RTJ 188, 1 (237). Em todos os três grupos de casos o tribunal acentua que **não tem o papel de dador de leis positivo, isto é, de fixar uma norma**; em 2), mais além, no sentido de conceder aquilo que a norma ausente pretensamente iria dar e, em 3), no de estender o recebido àqueles que não receberam. Pelo contrário, a questão de se a decisão é constitutiva, que é **fundamental, como visto, para a concepção de dador de leis negativo, não é abordada**. Aqui a decisão é vista como declarativa, portanto, no âmbito da nulidade. **O equivalente, assim, do dador de leis negativo, na concepção do supremo tribunal federal, não é o actus contrarius em relação ao dador de leis (criador do direito), mas a omissão, que corresponde à atuação do dador de leis positivo**. Em Kelsen **o caráter constitutivo está no plano da criação do direito** (ver supra, nota 16) e **o supremo tribunal federal vê-o no plano da aplicação do direito**. Essa mistura parece ocorrer a partir da pré-compreensão do tribunal, isto é, nulidade=sentença declarativa [...]” (grifamos).

³⁶⁴ HESSE, **Elementos...**, número de margem 83, p. 73: “[...] na relação entre **jurisdição constitucional e legislação** coloca-se a questão, quem é chamado, em primeiro lugar, para concretização da Constituição. [...] é importante manter, no possível, a validade da lei, então o princípio mostra-se jurídico-funcionalmente um princípio de atitude reservada judicial diante do legislador, e um princípio de primazia do legislador na concretização da Constituição.” Ainda, mesma obra, pp. 422 e 423, número de margem 567: “Na relação da equiparação hierárquica entre Tribunal Constitucional e outros órgãos do Estado superiores tudo depende disto, que ambas as partes se respeitem reciprocamente – uma outra garantia de sua coordenação jurídico constitucional não está dada. Isso vale para a consideração das decisões do Tribunal Constitucional Federal: o poder do tribunal se assenta somente sobre sua consideração e sobre a força persuasiva de seus argumentos. Contra as partes de um processo civil ou os participantes de um processo administrativo, a decisão judicial pode, em caso de necessidade, *ser realizada com*

Na atividade do STF, em diversos julgados, constata-se existir uma tendência à extrapolação desse postulado. Com exemplo, poderíamos citar a Medida Cautelar em ADI, nº 2.260/DF, Rel. Min. Moreira Alves, de 14.02.2001, onde aquela Corte, erigindo-se a **legislador positivo**, suspendeu a eficácia da Medida Provisória 2.027-40, de 29.06.90, que acrescentou um parágrafo único ao art. 10, do Decreto-Lei nº 3.365/41, que foi recepcionado e rege o processo de desapropriação no Brasil, para considerar, como prazo para a desapropriação indireta, o lapso de 20 anos e não 5 anos (quando ocorreria a prescrição, de acordo com a Medida Provisória), considerando aquele desapossamento, portanto, direito real e, assim, estabelecendo um disciplinamento que não existia no texto originalmente editado pelo Poder Executivo.³⁶⁵

Teori Albino Zavascki responde que, em certos casos, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria reversão de estado de fato consolidado, sem culpa e em prejuízo

coação; contra a recusa do parlamento ou governo, de cumprir uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, não há tal meio, apesar do § 35 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal – aqui se mostra que o Direito Constitucional deve garantir-se mesmo. O mesmo vale para o respeito das tarefas de outros órgãos pelo Tribunal Constitucional Federal: mesmo que o tribunal possa decidir autoritariamente ele permanece, todavia, vinculado à Constituição, em particular à divisão constitucional das funções [...] Porque quanto mais o Tribunal Constitucional está pronto a respeitar o papel do legislador e do governo e **quanto mais ele, em seu controle, conservar atitude reservada, tanto mais poderá ser evitado o caso de conflito, no qual é recusado o cumprimento de suas decisões, tanto mais seguramente é garantido que na ordem constitucional das funções estatais e da colaboração dos órgãos estatais não se efetue remoção a favor da jurisdição constitucional. Como a atividade do Tribunal tem de destinar-se exclusivamente para a conservação da Constituição, é, justamente, também essa garantia, elemento essencial de sua tarefa**” (grifamos a última parte). Referindo-se à interpretação dos direitos fundamentais, contudo, Alexy aponta uma relação de tensão entre o tribunal constitucional e o dador de leis parlamentar: “Sobre a interpretação e ponderação dos direitos fundamentais, porém, decide em última instância – independente de como organizado – o tribunal constitucional e não o dador de leis parlamentar. Com isso, nasce, necessariamente, uma relação de tensão entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional, de um lado, e democracia e parlamentarismo, do outro”(ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 11).

³⁶⁵ Também interessa analisar a peculiaridade do seguinte julgamento, onde, apesar de negada a atuação como legislador positivo, de fato, foi o que ocorreu, pois ultrapassou a simples interpretação. A extensão da legitimidade para propor a ação penal ao próprio servidor público de exceção passou a ser regra, derogando-se, dessa maneira, Código Penal e o Código de Processo Penal: **Ofensa Propter Officium e Legitimação Concorrente**. A Turma aplicou o entendimento firmado no Enunciado 714 da Súmula do STF (“É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.”) e negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* em que se pretendia, por ilegitimidade ativa da querelante, o trancamento de ação penal privada proposta por juíza supostamente ofendida em razão de seu ofício judicante. Alegava o recorrente que, na espécie, as decisões judiciais que permitem a legitimação concorrente para a ação penal relativa a crimes contra a honra de funcionário público em razão do exercício de sua função, violariam duplamente a Constituição, uma vez que transformariam o Poder Judiciário em legislador ordinário positivo, em detrimento da separação e harmonia dos Poderes de Estado (CF, art. 2º) e infringiriam o princípio constitucional do monopólio do Ministério Público, quanto às ações penais públicas (CF, art. 29, I). **Entendeu-se que o Poder Judiciário não fizera o papel de legislador positivo, mas se limitara ao exercício de sua função de intérprete da lei, sem criar nova espécie de ação penal, não havendo, por isso, violação ao art. 129, I, da CF**. Asseverou-se, ainda, que o bem jurídico tutelado pelos arts. 20, 21 e 22 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) seria a honra do ofendido e, em regra, o instrumento para a persecução penal seria a queixa-crime. Concluiu-se que, apesar dessa regra estar excepcionada quando o prestígio da Administração Pública fosse violado em conexão com a honra do servidor, a exceção, por não ser absoluta, não teria o condão de derogar a regra geral. Precedentes citados: Inq 726 AgR/RJ (DJU de 29.4.94); Inq. 1937/DF (DJU de 27.2.2004). RHC 82549/PA, rel. Min. Eros Grau, 24.8.2004. (RHC-82549).

desproporcional ao interessado, instalando-se manifesto conflito de valores constitucionais cuja tarefa de dirimir é do STF, não importando isso em criação de normas para o futuro.³⁶⁶

Registre-se a preocupação com a ausência de limites à função constitucional de controle do STF (nosso Tribunal de revisão) porque, quando interpreta e constrói hipóteses novas de incidência da norma constitucional, em verdade, potencializa o risco de comprometer o princípio fundamental de organização da ordem total-democrática da Constituição, ou seja, da racionalização, estabilização e limitação do poder estatal, nomeadamente, o **princípio da divisão de poderes**.³⁶⁷

8.3 Teoria da Nulificabilidade

A base da **teoria da nulificabilidade** encontra-se na doutrina de Kelsen, para quem a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, que deveria ser pressuposta válida, já que não pode haver ameaça da unidade da ordem jurídica pela contradição entre normas hierarquicamente superior e inferior, significa a possibilidade dela ser **anulada**, ou a possibilidade dela ser **nula**.

Neste último caso (nulidade), equivale à negação de sua existência pela cognição jurídica. Segundo Hans Kelsen, a **teoria da nulidade *ab initio*** não é geralmente aceita e em seu lugar formula o **princípio geral da nulificabilidade** (conforme dito supra, utilizamos a expressão **nulificabilidade**, sugerida por Luís Afonso Heck – item **8 Nulidade da Lei Inconstitucional como Princípio Constitucional** - significando a **anulabilidade**, sendo esta última terminologia, entretanto, a utilizada pela maioria dos autores nacionais) da seguinte forma:

[...] uma norma jurídica é sempre válida, não pode ser nula, mas pode ser anulada. Existem, contudo, **diferentes graus de anulabilidade** [nulificabilidade]. A ordem jurídica pode autorizar um órgão especial a declarar uma norma nula, ou seja, anular a norma com força retroativa, de modo que os efeitos jurídicos, previamente produzidos pela norma, possam ser abolidos. Isso é geralmente – mas não corretamente – caracterizado pela afirmação de que a norma era nula **ab initio** ou que foi declarada “írrita e nula”. A ordem jurídica pode autorizar não apenas um órgão especial, mas todo sujeito a declarar uma norma jurídica, isto é, algo que se apresenta como norma jurídica, como não sendo norma jurídica alguma; e isso quer dizer: a ordem jurídica pode autorizar todo sujeito a anular uma norma jurídica

³⁶⁶ ZAVASCKI, **Eficácia...**, p. 50-51.

³⁶⁷ HESSE, **Elementos...**, números de margem 492 e 493, p. 374-375. A respeito da **função do princípio da divisão de poderes na ordem constitucional Alemã** (e que vale para a nossa, também), consulte-se os números de margem 497 e 498, p. 377-378, obra citada. Vide, acima, o tópico **3 (Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional)**.

mesmo com força retroativa. **O que geralmente se chama nulidade é apenas o grau mais alto de anulabilidade** [nulificabilidade], o fato de que todo sujeito, e não apenas um órgão especial, está autorizado a anular a norma.

Mais adiante acrescenta que:

A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo **ab initio** porque preenche as condições de nulidade determinadas pela ordem jurídica é um **ato constitutivo**; ele tem um efeito jurídico definido, fora e antes desse ato, o fenômeno em questão não pode ser considerado “nulo”. Portanto a decisão não é “declaratória”, ou seja, **ela não é, da maneira como se apresenta, uma declaração de nulidade; ela é uma anulação verdadeira**, uma anulação com força retroativa. Deve existir algo juridicamente existente ao qual essa decisão se refere. Daí o fenômeno em questão não poder ser algo nulo **ab initio**, ou seja, **juridicamente nada**. Ele tem de ser considerado uma norma anulada com força retroativa pela decisão que a declara nula **ab initio**. Do mesmo modo em que **tudo o que era tocado pelo rei Midas tornava-se ouro, tudo a que se refere o Direito torna-se Direito, i.e., algo juridicamente existente. O caso de nulidade absoluta está fora do Direito.**³⁶⁸(grifamos).

Concordam em que o defeito é o da **nulificabilidade (anulabilidade)**, dentre outros, autores como: Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 181-183; João Leitão de Abreu, *A Validade da Ordem Jurídica*, p. 156/165, item n. 11, 1964, Globo; Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Poder de iniciativa e inconstitucionalidade da lei*, RDA 64/366 (retroatividade somente até a ação que reconheceu a lei inconstitucional e não até sua publicação).

Ainda, de Hans Kelsen, em conhecido trabalho sobre a jurisdição constitucional, onde inclui como **garantias necessárias à proteção da Constituição**, as garantias objetivas repressivas da **nulidade ou a nulificabilidade**, caracterizando-as assim:

Nulidade significa que um ato, que se apresenta com a pretensão, isto é, cujo sentido subjetivo é ser um ato jurídico e especialmente um estatal, isso não é objetivamente e, precisamente, não porque ele é antijurídico, isto é: não corresponde às condições que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. A esse ato nulo falta qualquer caráter jurídico de antemão, de modo que ele não carece de nenhum outro ato jurídico de tomar dele essa qualidade arrogada. Se um tal outro ato jurídico é necessário, então existe somente **nulificabilidade**, não nulidade [...].

Somente o ordenamento jurídico positivo poderia submeter-se a essa tarefa, mas, em regra, certamente, não o faz: ou então, não consciente e precisamente. Ele deixa, em geral, a resposta dessa questão a cargo daquela autoridade que deve decidir quando alguém, como súdito ou órgão estatal, denegou obediência ao ato, que entra em consideração, como uma mera lei fictícia. Com isso, porém, o ato duvidoso saiu da esfera da nulidade absoluta e entrou na da mera **nulificabilidade** [...].

³⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 230 e p. 232.

A **nulificabilidade** do ato jurídico significa a possibilidade de eliminar ele com seus efeitos jurídicos [...]

Do mesmo modo, porém, também todos os atos que subjetivamente se apresentam com a pretensão de ser lei, mas por falta de algum requisito essencial objetivamente não são, pressuposto naturalmente, que eles estão do outro lado do limite da nulidade absoluta, portanto, no fundo, podem ser tornados objeto de um procedimento jurídico que os aprecia [...].³⁶⁹

Complementando o entendimento extraído da obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, antes referido, visto que ali consta que a norma jurídica é sempre válida, podendo ser anulada, agora, mais detalhadamente, no ensaio específico sobre o tema da **jurisdição constitucional** (livro mencionado na nota de pé de página anterior), Kelsen assenta que, uma vez existindo disciplina no direito positivo regulando o mínimo de condições para que o ato deixe de ser nulo *a priori*, já deixa de existir aquela espécie de invalidade (**nulidade ipso jure e ex tunc**) e arremata:

[...] O problema da nulidade absoluta, difícilimo tanto teórica quanto tecnicamente, só diz respeito à questão das garantias da Constituição na medida em que **é necessário afirmar que também deve ser contemplada a nulidade – que nunca pode ser totalmente excluída do direito positivo – dos atos imediatamente subordinados à Constituição, e**

³⁶⁹ Cf. KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929, p. 45-47 e p. 57. A tradução citada é de Luís Afonso Heck, não constante de obra ou publicação para consulta, com texto original em alemão que segue: “Nichtigkeit bedeutet, daß ein Akt, der mit dem Anspruch auftritt, d.h., dessen subjektiver Sinn es ist, ein Rechts – um speziell ein Staatsakt zu sein, dies objektiv nicht ist und zwar darum nicht, weil er rechtswidrig ist, das heißt: nicht den Bedingungen entspricht, die eine Rechtsnorm höherer Stufe ihm vorschreibt. Dem nichtigen Akt mangelt jeder Rechtscharakter von vornherein, so daß es keines anderen Rechtsaktes bedarf, ihm diese angemessene Eigenschaft zu hehmen. Ist ein solcher anderer Rechtsakt nötig, dann liegt nur Vernichtbarkeit, nicht Nichtigkeit, vor. [...] Nur die positive Rechtsordnung könnte sich dieser Aufgabe unterziehen, tut dies freilich in der Regel aber nicht; oder doch nicht bewußt und präzise. Sie überläßt meist die Beantwortung dieser Frage jener Behörde, die zu entscheiden hat, wenn jemand, als Untertan oder Staatsorgan, dem in Betracht kommenden Akt, als einem bloßen Scheingesetz, den Gehorsam verweigert hat. Damit ist aber der fragliche Akt aus der Sphäre der absoluten Nichtigkeit in die bloßer Vernichtbarkeit getreten. [...] Die Vernichtbarkeit des rechtswidrigen Aktes bedeutet die Möglichkeit, ihn mit seinen Rechtswirkungen zu beseitigen.[...] Ebenso aber auch alle Akte, die subjektiv mit dem Anspruch auftreten, Gesetz zu sein, es aber mangels irgendeines wesentlichen Erfordernisses objektiv nicht sind, vorausgesetzt natürlich, daß sie jenseits der Grenze absoluter Nichtigkeit stehen, also überhaupt zum Gegenstande eines sie beurteilenden Rechtsverfahrens gemacht werden [...]” A doutrina em comento também foi traduzida no livro **Jurisdição Constitucional**, por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 140-141, do qual extraímos o seguinte excerto que aqui nos interessa: “A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. **O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade [nulificabilidade]**. Todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de tratá-lo, em consequência, como não-válido, não-obrigatório. **Somente na medida em que o direito positivo limite esse poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de ato jurídico e de decidir sobre a sua regularidade, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que um ato que sofra de um vício jurídico qualquer pode não ser considerado a priori nulo, mas somente anulável [nulificável]**. Na ausência de tal limitação, qualquer ato jurídico viciado deveria ser considerado nulo, isto é, como não sendo um ato jurídico. De fato, os diversos direitos positivos contêm restrições acentuadas ao poder que, em princípio, cabe de direito a qualquer um de tratar os atos irregulares como nulos.”(grifamos).

que, por conseguinte, a nulidade desses atos também é, em certo sentido, uma garantia da Constituição [...]

Mas **não se pode definir por meio de uma fórmula teórica geral** o limite que separa o ato nulo **a priori**, que é uma pseudolei, de um ato legislativo viciado mas válido, de uma lei inconstitucional. Somente o direito positivo poderia assumir essa tarefa; mas ele geralmente não o faz, em todo caso não o faz conscientemente nem de maneira precisa. Na maioria das vezes **deixa a solução dessa questão aos cuidados da autoridade a quem cabe decidir**, quando um indivíduo – cidadão ou órgão estatal – se recusa a obedecer ao ato em apreço, alegando que era uma pseudolei. **Mas, com isso, o ato em apreço sai da esfera da nulidade absoluta para ingressar na da simples anulabilidade** [nulificabilidade]. **Porque não podemos deixar de ver, na decisão da autoridade de que um ato a que se recusou obediência não era um ato jurídico, a anulação** [nulificabilidade] **desse ato com certo efeito retroativo.**

[...] Do ponto de vista do direito positivo, a situação daquele a quem um ato é dirigido com a pretensão de ser obedecido é, sem exceção, a seguinte: se considerar o ato nulo, ele pode se recusar a obedecê-lo, mas sempre agindo por sua conta e risco, isto é, ele corre o risco de que, processado por desobediência, a autoridade diante da qual comparece não considere o ato nulo ou declare preenchidas as condições mínimas estabelecidas pelo direito positivo para sua validade, sob reserva da sua anulabilidade [nulificabilidade] ulterior. No caso contrário, a decisão da autoridade significa a cassação do ato com efeito retroativo até o momento em que foi produzido. Essa interpretação se impõe porque a decisão **é o resultado de um procedimento** que tem por objeto a nulidade do ato – nulidade que, de início, é simplesmente afirmada pelo interessado –; porque, conseqüentemente, a nulidade **não pode de forma alguma ser considerada como definida antes da conclusão do procedimento**, que poderá conduzir a uma decisão que a nega; e porque **a decisão deve ter necessariamente um carácter constitutivo**, mesmo se em seu texto ela pronuncia que o ato era nulo. **Do ponto de vista do direito positivo, isto é, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há nada mais que a anulabilidade** [nulificabilidade], **nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade** [nulificabilidade] – **uma anulação com efeito retroativo.**

A anulabilidade [nulificabilidade] do ato irregular significa a possibilidade de fazer que ele desapareça, juntamente com suas conseqüências jurídicas. A anulação comporta, **na verdade, vários graus, seja quanto ao seu alcance, seja quanto a seu efeito no tempo.**

[...] A autoridade chamada a aplicar a norma geral, que tenha o poder de retirar sua validade no caso concreto se reconhecer sua irregularidade, tem na realidade o poder de anulá-la – porque fazer desaparecer a validade de uma norma e anulá-la são uma só e mesma coisa –, mas a anulação é simplesmente parcial, limitada ao caso em exame.³⁷⁰(grifamos).

Luís Afonso Heck bem resume a diferença entre **nulidade** e **nulificabilidade**, na concepção

Kelseniana:

4. Nulidade e nulificabilidade em Kelsen:

4.1 nulidade: a) é a falta de carácter jurídico; b) qualquer cidadão ou autoridade pode considera-lo como inválido; c) pode ser caso limite da nulificabilidade (nulificação com força retroativa até a data de sua fixação);

4.2 nulificabilidade: a) é necessário uma autoridade competente para decidir; b) a decisão da autoridade tem carácter constitutivo, mesmo quando declara a nulidade para o cidadão (comparar com a letra c, supra); c) elimina o ato e os seus efeitos; d) pode ter graus no âmbito material e temporal; no material: fica limitado ao caso concreto ou abrange a norma geral ao todo, ou seja, para todos os casos possíveis aos quais essa norma iria aplicar-se; no temporal: o efeito pode ser limitado para o futuro ou estender-se ao passado, ou seja, pode ser com ou sem retroatividade; e) a data do início do efeito não precisa ser a do pronunciamento da decisão; f) a nulificação do ato pode ser realizada pelo próprio órgão que o fixou ou pode para isso ser chamado um outro órgão; g) a substituição do ato

³⁷⁰ KELSEN, *Jurisdição...*, p. 140-144.

antijurídico pode ser feita pela autoridade chamada a nulificá-lo (cassá-lo) ou ficar a cargo da autoridade cujo ato antijurídico foi nulificado (cassado).³⁷¹

Conclui-se das citações de Kelsen supracitadas que, embora não desconheça o ato nulo como indiferente ao direito, equiparado ao não-existente (“[...] o ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico [...]”³⁷²), a partir do momento em que o direito positivo se ocupa em regular a questão dos pressupostos dos fatos jurídicos, configurando condições precisas de obrigatoriedade ou validade e reservando o poder de examinar o caráter de ato jurídico (validade) a uma instância certa, o ato acometido por um vício jurídico qualquer, não será mais considerado como não sendo ato jurídico ou *a priori* nulo. Nesse caso, somente se há de falar em **nulificabilidade**, cujo caso limite, será, aí sim, a **nulidade *ipso iure e ex tunc* (radical)**.

Parte o jurista austríaco de linha fundamental metodológica diferente da concebida pelos norte-americanos. A questão da aplicação, ou não, das normas jurídicas, da validade das decisões, não é uma questão da **eficácia do direito**, do nível do “ser” ou “ocorrer” (lógica do *Sein*), mas uma questão da aplicação do direito segundo o sentido posto pelo próprio direito (atos de vontade). Sua validade não consiste em seu efeito, em seu ser cumprido realmente, mas “o essencial de uma norma é que a conduta seja estatuída como **devida**”, no nível **deôntico**, portanto, da ordem do “dever-ser” (lógica do *Sollen*). A norma jurídica é **o sentido de um querer, de um ato de vontade** – é a prescrição de um mandamento, um imperativo ou uma proposição de dever-ser (“O dever-ser é a norma, quer dizer: é o sentido do ato”) - segundo anota Kelsen, em sua obra póstuma, onde também consta que o dever-ser, a norma: “[...] é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”; “[...] Supõe-se que toda norma estatui um ‘dever-ser’ e este termo abrange todas as funções normativas possíveis: ordenar, conferir poderes, permitir, derrogar”³⁷³.

Contudo, a base teórica dos Estados Unidos (**doutrina americana**) é que foi importada para o nosso Direito Constitucional no final do século XIX, predominando até hoje, em nossa doutrina e jurisprudência constitucionais, sem que houvesse uma reflexão mais adequada sobre a verdadeira contribuição que a adoção dessa doutrina representou para a **teoria da nulidade** da lei inconstitucional no Direito brasileiro (segue-se a orientação do STF, sem uma crítica mais acurada sobre a consistência de sua fundamentação teórico-constitucional).

³⁷¹ HECK, **A nulificabilidade...**, na nota de pé-de-página número 4.

³⁷² KELSEN, **Jurisdição...**, p. 140.

³⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 11 (primeira citação), p. 15 (segunda citação) e p. 2-5.

Kelsen sustenta que tendo a ordem legal, para evitar anarquia, dado a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, “[...] tal definição tem sempre um **caráter constitutivo, e não declaratório**. O ato somente é “nulo” se a autoridade competente assim o declarar. Antes dela o ato não é nulo, pois ser “nulo” significa **legalmente inexistente**, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade.³⁷⁴

Pode-se afirmar que para o Mestre da Universidade de Viena, a norma inconstitucional **nulificabilizada (anulada)** não deixa de existir, haja vista que entrou no mundo jurídico e o seu **déficit** há que ser resolvido no **plano da validade**, onde precisa ser **desconstituído** com distinções que dependem da maior ou menor gravidade do vício. Essa validade de uma norma é sua **existência** específica, ideal, pois dizer que uma norma “vale” significa que ela **é existente** e uma norma que não “vale”, não seria norma, porque não existe, cabendo mencionar:

[...] Quando se diz: “uma norma vale”, admite-se essa norma como **existente**. “**Validade**” é a **específica existência da norma**, que precisa ser distinguida da existência de fatos naturais, e especialmente da existência dos fatos pelos quais ela é produzida.

[...]

No fato de que uma norma *deve* ser cumprida e, se não cumprida, *deve* ser aplicada, encontra-se sua **validade**, e esta constitui sua **específica existência**.

Do efetivo cumprimento da norma – ou do seu não cumprimento com a conseqüente aplicação – disto deriva sua **eficácia** – Validade e eficácia da norma precisam, claramente, não ser confundidas. Para ser existente – quer dizer, para valer –, a norma tem de ser estabelecida por um ato de vontade. Nenhuma norma sem um ato de vontade que a estabeleça ou – como na maioria das vezes se formula essa proposição fundamental: nenhum imperativo sem um mandante, nenhuma ordem sem um ordenador.³⁷⁵

Existe, entre nós, o entendimento de que a idéia de Kelsen corresponderia à doutrina de Pontes de Miranda sobre os atos e fatos jurídicos, sustentando-se que esta última teoria seria perfeitamente aplicável ao Direito Público, por se tratar de tema relativo à Teoria Geral do Direito³⁷⁶. Ensina Pontes de Miranda que enquanto o “**nec ullus**, romano, ‘não existe’; o nulo do jurista contemporâneo existe, mas existe anormalmente: **nulamente é.**”³⁷⁷ A regra jurídica pode ter cumprido os requisitos quanto à feitura (**existe no mundo do ser**), mas resente-se do vício de inconstitucionalidade, o que não impede que irradie efeitos até que a **decisão constitutiva negativa** lhe decrete a nulidade. O desconstituir (e não declarar), porém, não quer dizer a perda existência,

³⁷⁴ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 308.

³⁷⁵ KELSEN, **Teoria geral...**, p. 4-6.

³⁷⁶ Cf. LIMA, **Os efeitos...**, p. 190.

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, p. 618.

pois a lei contrária à Constituição, continua sendo um **fato jurídico lei**, posto que **nulamente o seja**.³⁷⁸

Com isso, desde logo, podemos afirmar que a terminologia de Pontes de Miranda para o direito privado, não equivale à de Hans Kelsen, logo, não pode ser empregada no plano do Direito Constitucional. Isso porque, ao tomar a norma jurídica (regra) como **fato jurídico** (suporte fático entrou no mundo jurídico) e não como o sentido de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem, deve-se concluir que Pontes de Miranda parte de uma **proposição do ser** (de algo que é; algo que possui conteúdo empírico, da lógica da natureza, do “ser” como substância; que permanece idêntico a si mesmo), posicionando-se, em relação a essa questão da invalidade, na ordem da lógica clássica ou lógica formal, **lógica do Sein**. Nessas condições, a norma jurídica, enquanto objeto do estudo científico, não é um conceito ou objeto lógico, mas um objeto real representado; a sua noção de “**ser**”, como substância, é a constância causal. Ao contrário, Hans Kelsen assume um modo deontico (*deonti modes*) ou **lógica do Sollen** na lógica da normas (o sentido da norma é um ato de vontade dirigido à conduta de outrem - **imputação**), cujas funções normativas do dever-ser são **impor (ordenar), proibir e permitir**, conforme destacado antes. Vale, nesse passo, lembrar Carlos Cossio, para quem a atitude neutral científica só cabe dentro da lógica do dever-ser, onde a atitude estimativa da lógica do ser pode fazer da positividade jurídica um problema moral.³⁷⁹

³⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1967/69**, p. 621.

³⁷⁹ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 58-59. Sobre a diferença entre a **lógica do ser** e a do **dever-ser**, merece consulta o que expõe o autor: “A Lógica do ser, enquanto lógica da Natureza, é inobjetable porque o pressuposto da noção de Natureza é a constância causal, a qual supõe precisamente o ser como substância, quer dizer, o que permanece idêntico a si mesmo: a Natureza, assim, está criada de uma vez para sempre; por isso é a mesma em todas as partes apesar das transmutações fenomênicas, que são sua aparência. Porém o pressuposto metafísico do Direito da liberdade enquanto espírito, que é justamente o contrário de ser idêntico a si mesmo porque a vida efetiva do espírito é uma permanente criação sem fim nem repouso, como têm feito ver os filósofos idealistas. Resulta assim uma inadequação da Lógica do ser em relação ao Direito, que passamos a destacar em geral e em particular. A Lógica do ser tem como cópula de seus juízos o verbo **ser**; sem esta cópula não poderia representar a identidade total ou parcial entre o sujeito e o predicado que contém todo juízo. Porém somente com o verbo **dever ser** como cópula (que nada diz sobre o que necessariamente será) podemos representar em um juízo a liberdade que se efetiva com a conduta; quer dizer, tomamos dois momentos de uma conduta e afirmamos (juízo) que dado o primeiro **deve ser** o segundo, deixando que a liberdade se abra curso de sua maneira para chegar do primeiro ao segundo. Toda teoria da conduta “exige uma nova cópula lógica. O **dever ser** como cópula lógica, isto é, como enlace ou relação entre o sujeito e o predicado dos juízos é, no fundo, o verdadeiro problema da normatividade”: ‘Enquanto na lógica do ser a relação copulativa estabelece uma referência e um enunciado, na lógica do dever-ser a relação copulativa estabelece uma referência e uma imputação. A cópula lógica foi desarticulada em duas funções primárias, a referencial e a enunciativa; porém isto é assim na lógica do ser; na lógica dever ser há que se falar da função referencial e da imputativa. A cópula sempre refere um termo a outro termo, porém enquanto a função enunciativa significa que o que se enuncia coincide com o objeto, a função imputativa significa que o que se enuncia não coincide com o objeto pois se trata de um dever ser. Assim o dever ser lógico se oferece como uma nova classe de cópula que permaneceu inédita até agora’. O dever ser como cópula lógica é simplesmente imputativo; não se refere ao intrínseco valor do que deve ser, como se devesse ser precisamente por seu valor; mas a imputação neutra de um fato a outro, de modo que o segundo deve ser porque é o primeiro. Os juízos da Lógica do dever ser são, *assim*, normas; e por isso as normas são meros conceitos que representam ações, porque somente desta maneira podemos

Sem embargo, devemos concordar com Pontes de Miranda na afirmação de que a inconstitucionalidade seria, pois, **anulável (e não nula – teoria da nulificabilidade)**, sendo **constitutiva (e não declaratória)** e com eficácia *ex nunc* (e não *ex tunc*) a sentença de procedência na ação declaratória de inconstitucionalidade. De outra parte, para Pontes de Miranda é falsa a idéia de que o nulo não produz efeitos, valendo coligir os ensinamentos ao afirmar que: “A nulidade pode produzir ou não produzir ineficácia. A ineficácia não é, de modo nenhum, ‘sinal’ de que o negócio jurídico seja nulo. Por outro lado, a nulidade não basta, em todos os casos, para se afirmar a ineficácia” [...]; “É romanismo escusado identificarem-se inexistência e nulidade. O inexistente declara-se tal; o nulo, desconstitui-se, porque, por mais profunda que seja a deficiência, o suporte fático entrou no mundo jurídico. Por isso mesmo que foi profunda a deficiência, facilita-se a decretação; mas é preciso que se decrete, ainda que **incidenter e de officio.**”³⁸⁰ Em outra obra, comentando a Constituição de 1946, onde explicita a diferença entre o **ser** e o **valer** da regra jurídica, corroborando a tese da **nulificabilidade**, porém apontando hipótese onde efetivamente se deve ter a lei como **inexistente**, quando seria mesmo declaratória a decisão que reconhece não ter o ato ingressado no **plano da validade**:

4) SER E VALER – A “regra jurídica” de que se trata pode não ser regra jurídica (=inexistência ou nada jurídico), como se consta do **Diário Oficial** sem ter sido votada pelo Congresso Nacional, nem sancionada pelo Presidente da República, ou promulgada pelo Presidente do Senado (art. 71). O julgamento, aí, é declaratório, porque a relação jurídica entre os poderes públicos legiferantes e o povo não se estabeleceu.

Se a regra jurídica, de que se cogita, não infringiu princípio da Constituição relativo à sua **feitura**, isto é, ao seu ser, regra jurídica é, mas eivada do vício de inconstitucionalidade. **Existe e tem eficácia**, em quanto não se lhe decreta a nulidade (sentença constitutiva negativa). A sua **eficácia continua a despeito da decretação da nulidade**, que é **in casu**, até que o Senado Federal **suspenda a execução (=eficácia)**, no todo ou em parte, de tal regra (art. 64).³⁸¹(grifamos)

Nos Comentários à Constituição de 1967/69, Pontes de Miranda clarifica melhor a natureza jurídica da declaração de inconstitucionalidade. Não obstante, afirma que mesmo à época da Constituição de 1891 de modo nenhum poder-se-ia atribuir eficácia declarativa à decisão de inconstitucionalidade. Nesse ponto afasta-se do que aqui sustentamos, de que o modelo norte-americano de controle difuso, por nós importado no início da República, equiparava e equipara a inconstitucionalidade com nulidade *ex radice* (se a lei violava a Constituição nunca poderia produzir efeitos, era como se não existisse – natureza declaratória da decisão). Ao que nos interessa

representar a liberdade efetiva que sempre nada mais nem nada menos que conduta [...]” (COSSIO, **La valoración...**, p. 53-55).

³⁸⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 4, § 360, p. 24 e p. 209.

³⁸¹ PONTES DE MIRANDA, **Comentários à Constituição de 1946**, v. 2, p. 285.

demonstrar com a invocação desse autor, e precipuamente para essa finalidade, elucida a **natureza constitutiva da sentença** de inconstitucionalidade:

(c) Alguns juristas, de passagem, ou pela influência das expressões usadas (“declarar a inconstitucionalidade”, “declaração de inconstitucionalidade”), ou porque foram, e são vítimas, de definições erradas de **decisão declarativa**, afirmam que a decisão de inconstitucionalidade é decisão declaratória. Seria perder tempo discutir com aqueles que se deixam levar pelo *nomen iuris*, tanto mais quanto pululam casos em que a expressão “declaração”, ou outra semelhante, se colou à eficácia de decisões verdadeiramente constitutivas, ou de outra classe; mais ainda: com os que, em matéria de ciência, não partem de conceitos exatos e precisos. [...]

[...] A decisão desfavorável à decretação de inconstitucionalidade, essa, não; é sempre declarativa negativa, como acontece a toda decisão desfavorável, em qualquer ação declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva. Se se trata de alguma ação declarativa negativa, ou constitutiva negativa, a decisão é negativa de negativa e, pois, positiva. [...]

[...]

Ora, nenhum jurista de segura terminologia jurídica confunde os três planos: o da **existência**, em que o fato jurídico, **inclusive a regra jurídica como fato**, é ou não é; o da **validade**, em que o fato jurídico **vale**, ou não **vale** (= é nulo ou anulável); e o da **eficácia**, que é o da irradiação do fato jurídico. A eficácia supõe o ser; pois que, a despeito de ser, de ordinário, ineficaz o ato jurídico nulo, os sistemas jurídicos nos apresentam casos de **efeitos** de ato jurídico nulo [...]

[...] A Constituição de 1934, no art. 179, criou a exigência da maioria absoluta dos juízes, para que a decisão pudesse ser favorável à alegação de inconstitucionalidade. Seguiu-se-lhe a trilha a de 1946, art. 200; e agora a de 1967, art. 116. Seria estranhamente despropositado que tão suntuoso julgamento fosse necessário a simples *statement of fact*. Os três artigos, o de 1934, o de 1946 e o de 1967, mostram que se tem por **lei** a lei contrária à Constituição: ela **é**, posto que **nulamente seja**. A decisão que negasse a inconstitucionalidade argüida seria declarativa; **a que afirmasse não: desconstituiria**; é como qualquer decisão que, a respeito de negócio jurídico nulo para A, ou B, decreta a nulidade. A atribuição de força declarativa à decisão sobre nulidade foi um dos grandes erros de parte da ciência alemã; porque os juristas não haviam prestado atenção a que a decretação da nulidade poderia ser em ação declaratória – não porque nulidade se declare, e sim porque, se a nulidade é decretável **incidenter**, em qualquer ação, assim, na ação declaratória, decretável é. Quando eles viram o engano, de que foram vítimas, já os tratados haviam repetido a impensada proposição.³⁸² (grifamos)

E também um de seus mais conhecidos comentadores, Marcos Bernardes de Mello, embora concordando com a **teoria da nulidade**, estabelece distinção quanto às suas conseqüências, ao afirmar que a própria lei inconstitucional, que é nula, produz efeitos, enquanto não for desconstituída (a lei ou ato normativo inconstitucionais são desconstituíveis), em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica³⁸³. Nesse passo, acerca das categorias fundamentais da Teoria Geral

³⁸² PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967/69*, v. 3, p. 618, p. 620-621.

³⁸³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, § 62, 2, p. 183.

do Direito, é importante registrar que o STF acolhe os **três planos** em que se desenvolvem noções básicas da lei como fato jurídico (**existência, validade e eficácia**)³⁸⁴.

Pode-se afirmar, então, nesse contexto, que a expressão “**suspensão da execução**”, prescrita no artigo 52, inciso X, da CF, diz respeito à **vigência fática**, ou seja, à capacidade de produzir efeitos jurídicos no mundo dos fatos concretos (realidade) - a **normatividade** -, que é traduzida pela **eficácia**. Em linguagem jurídica, **eficaz** é o que produz resultado, consequência. Diz Kelsen: “Esta eficácia da ordem jurídica é – como sempre tem de ser acentuado – apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência. [...] A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: **assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, não se identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com a sua eficácia da ordem do ser**; a eficácia da ordem jurídica não se identifica com a sua eficácia da ordem do ser; assim eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes.”(grifamos) A **eficácia** deriva do efetivo cumprimento da norma e, caso não cumprida, sua consequente aplicação. A **validade** decorre do seu estabelecimento por um **ato de vontade** e de dever ser cumprida ou aplicada (específica existência), logo diz respeito à sua **vigência normativa**. A “**suspensão da execução**” (=eficácia – **vigência fática**), então, coloca-se em oposição ao que a moderna teoria do direito diferencia como “**suspensão de vigência**”, esta equivalente à **vigência normativa**, a qual é traduzida pela **validade**, conforme aludimos. Tal discrepância terminológica tem relevância na medida em que existe uma relação de influência recíproca entre **validade e eficácia**, mas não pode ser confundida a **validade do Direito** com sua **eficácia**, não são sinônimos, embora não falte, ainda hoje, quem procure a ambas identificar: “[...] A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto tem de ser bem acentuado, pois não falta ainda hoje quem procure identificar a validade do Direito com a sua eficácia [...] Esta tentativa, porém, está necessariamente condenada ao fracasso [...]” – vide Kelsen pé-de-página, infra). A ordem jurídica, em uma consideração global, já não mais pode ser qualificada como ordem normativa válida se ela deixa de ser de fato observada

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.345-DF, Rel. Min. Celso de Mello, em 25.08.2005, de onde se pinça o seguinte excerto, confirmando o que foi expandido: “[...] (a) o plano da existência da lei, que se instaura, segundo alguns, com a promulgação desse ato estatal (CELSO RIBEIRO BASTOS, “Curso de Direito Constitucional”, p. 314, 11ª ed., 1989, Saraiva) ou, segundo outros, com a sanção do respectivo projeto (JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “Lei Complementar Tributária”, p. 40, 1975, RT/EDUC); (b) o plano da validade da lei, cuja aferição decorre da compatibilidade, formal e material, dessa espécie normativa com a Constituição e (c) o plano da eficácia da lei, que se traduz na sua aptidão de gerar e produzir todas as suas consequências de ordem jurídica.”

ou aplicada (eficácia global). E o fato de uma norma jurídica singular deixar de ser observada, em determinadas situações (norma relativamente ineficaz), ou durante algum tempo (eficácia episódica ou temporária), não compromete sua vigência como norma jurídica particular, ou seja, continua sendo considerada **válida**. Portanto, a validade da ordem jurídica não depende de que todas as normas que a compõem sejam eficazes.³⁸⁵

Razoável, pois, é a inteligência de que se cuida, em verdade, de ato a ser combatido pela **nulificabilidade** (na visão Kelseniana) possuindo caráter **constitutivo** a decisão que decreta a nulidade, pois a norma inconstitucional é o sentido de um ato de vontade posto para ser cumprido ou ser eficaz, ao menos antes da determinação de sua inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar.³⁸⁶

Conforme Louis Favoreu o modelo europeu, que conhece, uma dezena de variações hoje, não teria existido sem o trabalho de Kelsen, que projetou a Constituição Austríaca de 1920, fazendo surgir um novo tipo de justiça constitucional que se opunha ao modelo americano então existente.³⁸⁷

Assim as concepções de **nulidade** e de **nulificabilidade** para a Teoria da Constituição, encontram nas experiências jurídicas norte-americana e austríaca seus **modelos** normativos matrizadores. É de fácil constatação que a base histórica de nossa dogmática constitucional tem origem nas fontes doutrinárias e jurisprudenciais dos Estados Unidos. Essa seria uma das razões, senão a mais consistente, pelas quais adotamos os seus critérios (doutrina americana) para erigir a **nulidade como princípio de ordem constitucional não-escrito**, com a diretriz de que as decisões

³⁸⁵ KELSEN, **Teoria pura...**, p. 88 (primeira citação do parágrafo); 230 (segunda citação do parágrafo) e 231-232 (terceira citação do parágrafo), valendo transcrever, também, o seguinte trecho: “As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes: mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apóia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência)” (Ibidem, p. 230-231). Sobre o exame da **suspensão de eficácia e de validade**, com a utilização dos termos **vigência fática e normativa**, cumpre mencionar importante julgamento no STF onde, ao comentar os efeitos vinculantes da medida cautelar em ADIN, o Min. Gilmar Ferreira Mendes destaca as conseqüências práticas da suspensão, que dizem respeito não somente à **eficácia (vigência no plano fático)**, mas também afeta a **vigência da lei no plano normativo** (Informativo nº 320, do STF, Reclamação 2.256-RN - transcrições), gerando reflexos **repristinatórios** no direito anterior. O acórdão foi publicado na RTJ 190/221-241 e, **com base nele**, utilizamos e adaptamos ao sentido buscado no presente texto, as expressões **vigência fática e vigência normativa**, as quais, por sua vez, derivam das expressões **validez fática e validade normativa**, extraídas de Jörn Ipsen (*Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1980, S. 157 f.), conforme citações e comentários feitos por HECK, **A nulificabilidade...** Na nota de pé-de-página número 41, 2, b.

³⁸⁶ Cf. argumentação desenvolvida pelo eminente ex-Ministro LEITÃO DE ABREU, do STF, que pugnava pela adoção da teoria kelseniana. apud MENDES, **Jurisdição...**, p. 254-255. O mesmo é referido nos julgamentos da Reclamação 2.391-MC-PR, RE 197.917-SP e HC 82.959-7-SP, nos votos do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

³⁸⁷ FAVOREU, **Les cours...**, p. 5.

do STF tenham eficácia *ex tunc*, sendo o ato normativo declarado inconstitucional inválido *ipso jure* e *ab initio*.³⁸⁸

Porém, o desenvolvimento da jurisdição constitucional e a criação de novas **fórmulas decisórias** decorrentes do próprio funcionamento do sistema jurídico-constitucional, trouxeram à evidência que a **teoria da nulificabilidade** do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia de proteção da Constituição. Essa teoria permite à autoridade com competência para decidir sobre a validade da norma que estabeleça, através de um **discurso argumentativo jurídico-racional**, os limites temporais aos efeitos retroativos (*ex tunc*), podendo fixar os efeitos *ex nunc* da decisão (a partir do trânsito em julgado) ou a partir de outro momento (vários graus, seja quanto ao alcance, seja quanto aos efeitos no tempo), a exemplo, dentre outros, do direito alemão e austríaco.

8.4 Sentido Subjetivo e Objetivo da Nulidade como Princípio Constitucional

A mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou **doutrina da limitação dos efeitos** é realidade constatável e crescente na jurisprudência do controle de constitucionalidade das normas de diversos países.³⁸⁹ Adotou-se, pois, o critério da **inconstitucionalidade com efeitos restritos (determinação prospectiva dos efeitos anulatórios da inconstitucionalidade)**. As modernas técnicas de interpretação e controle de normas (**novas fórmulas decisórias**) são hoje admitidas no Brasil e pelos mais importantes sistemas de justiça constitucional nacionais, bem assim, dos tribunais supranacionais. Pode-se afirmar, com apoio em Kelsen, que esses materiais jurídicos, institutos, técnicas de argumentação pragmáticas (gerando normas individuais e gerais, por exemplo, de proteção à segurança jurídica ou da grave ameaça ao próprio sistema jurídico), estimulações ponderadas caso-a-caso, como fazem exemplos as hipóteses de omissão ou exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, sentenças manipulativas, de exortação ou de

³⁸⁸ No item **8.1 (Teoria da Nulidade Ab Initio Dos Atos Inconstitucionais “Void Ab Initio Theory”)**, supra, HECK, A *nulificabilidade...* faz referência a Schlaich para consignar que, na Alemanha, já na primeira metade do século XIX, portanto, **antes mesmo da edição da Constituição Republicana** no Brasil, em 1891, a intenção de esclarecer e de legitimar o **direito ao exame judicial** (incidental) produziu a idéia que passou a ser dominante naquele País, de que a lei anticonstitucional seria **nula desde o início**. Essa concepção tradicional alemã, segundo Schlaich, de que leis anticonstitucionais são nulas, também é conhecida em outros ordenamentos jurídicos, fazendo referência a Gilmar Ferreira Mendes, como exemplo dos que conhecem esse **princípio** (S. 261, rn. 367 und Fußnote 21).

³⁸⁹ Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 92, p. 5-16, out./dez 1989.

apelo, situação ainda constitucional, etc., constituem o **sentido subjetivo** que a autoridade jurídica passou a dar aos seus atos, no exercício de sua competência (órgão da comunidade com atribuição). Não sendo previsto ou imposto pelo sistema jurídico-positivo, o ato de comando sentencial tem sentido de ordem só do ponto de vista do emissor. Nem sempre o sentido subjetivo atribuído aos atos pela autoridade é igual ao sentido orientado pelo direito vigente, pelo comando autorizado pela norma de um ordenamento jurídico-positivo. Por outro lado, a teoria da **nulidade ipso jure e ab initio**, como sanção ou efeito inseparável da inconstitucionalidade – a lei inconstitucional é como se nunca tivesse existido, natimorta: o juiz apenas declara uma nulidade preexistente -, foi importada dos EUA para criação de um **modelo** de controle difuso brasileiro (1891) e, embora este (transformou-se, no Brasil, de **modelo** para um **tipo** de controle difuso combinado) dê sinais de obsolescência, diante do incremento e fortalecimento do controle concentrado, constitui o material jurídico que dá **sentido objetivo** ao postulado geral da retroatividade incondicional dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. O **sentido objetivo** é originado da cognição jurídica, pela qual a exclusão da legislação é interpretada no direito legislado.³⁹⁰ Kelsen observa que: “Embora o positivismo signifique que apenas o que foi criado por processo constitucional é Direito, isso não quer dizer que tudo o que foi assim criado seja aceitável como Direito, ou que seja aceitável como Direito no sentido que atribui a si mesmo.”³⁹¹ Pode haver, portanto, contradição lógica entre o **significado subjetivo** dado ao material empírico colhido, em nosso caso, pelas variantes de decisão ou técnicas de decisões alternativas novas, decorrentes do desenvolvimento do Direito Constitucional, e o **significado objetivo**, em nossa hipótese, o material jurídico edificado pela doutrina americana e adotado como direito vigente reconduzível à norma fundamental, denominada pelo STF de “inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa” (RTJ 175/313). Entre nós, portanto, existe incongruência, desajuste entre o **sentido subjetivo** atribuído pela autoridade jurídica aos seus atos (sentenças constitucionais prospectivas) e o **sentido objetivo** decorrente da ordem jurídica em vigor (controle difuso de normas com mecanismos anacrônicos e sentenças retroativas). Como **sentido objetivo** do ordenamento jurídico-constitucional, obviamente, inclui-se o comando autorizado por essa mesma ordem, de fazer obrigatório aos destinatários, como norma constitucional principiológica imanente, a **nulidade ipso jure e ab initio** da lei ou ato normativo inconstitucional. Isso se explica, em boa parte, porque ainda está sendo utilizada uma

³⁹⁰ A análise dos fatos e a classificação que se pretende fazer dos mesmos neste tópico, relativamente à situação de anacronismo ou desajuste na convivência dos controles difuso e concentrado de normas no Direito Constitucional brasileiro, tem inspiração no desenvolvimento elaborado por KELSEN, **Teoria pura...**, quando expende sobre “**O ato e o seu significado jurídico**” e “**O sentido subjetivo e o sentido objetivo do ato.**” (KELSEN, **Teoria pura...**, p. 2-3).

³⁹¹ KELSEN, **Teoria geral...**, p. 578.

teoria de controle de normas norte-americana para um modelo que se transformou em concentrado, guinando rumos para seguir os caminhos dos modelos europeus.

A importância dessas observações, utilizando-se as categorias jurídicas dadas por Kelsen, é a advertência aos doutrinadores para conferência permanente se dentro de um sistema jurídico-positivo está ocorrendo, ou não, coincidência entre o **sentido subjetivo** atribuído pela autoridade jurídica ao seu ato de vontade com sentido normativo e o **sentido objetivo** do sistema de normas, para confirmação da validade da ordem jurídica vigente (eficácia é condição de validade).³⁹²

Entre nós não está havendo essa correspondência entre o sentido objetivo e o sentido subjetivo no controle difuso de normas.

Apenas para referir, como sintoma desse desencontro, anote-se o exemplo da jurisprudência do STF, que adotou a doutrina da limitação dos efeitos *ex tunc* e empresta eficácia geral ao controle difuso, com transcendência do efeito vinculante, independentemente da manifestação do Senado Federal.

Nessas condições, um questionamento se apresenta e reclama uma resposta possível: O que fundamenta o **princípio da nulidade**, se a história constitucional brasileira transmudou, pelas evidências juridico-institucionais até aqui demonstradas, do modelo norte-americano para o austríaco-continental, de fundamento teórico nitidamente Kelseniano?

8.5 Princípio da Nulidade como Norma Constitucional Imanente?

Consequência do expandido acima é que deve ser posto em dúvida tenha o **princípio da nulidade, hierarquia constitucional!** A vinculação entre os conceitos de **nulidade *ipso jure et ex tunc* (radical)** e **inconstitucionalidade** como inseparáveis em um processo ou fenômeno unitário e a sua consideração como **norma imanente ou princípio implícito** da ordem constitucional é altamente questionável.

³⁹² Cf. ULHOA COELHO, Fábio. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47-48.

Requer-se, portanto, atitude de reserva extrema em seu emprego como critério de decisão dos conflitos judiciais. Não pode ser olvidado que, na hermenêutica constitucional apoiada na teoria dos princípios³⁹³, todo **princípio**, uma vez compreendido na classe das normas, de regra, possui fundamento de validade oriundo da Constituição, dela extraindo sua força vinculativa. Mas é discutível a possibilidade de haver recondução de um suposto princípio à ordem jurídico-fundamental da estatalidade, se nela própria existir enunciado normativo mais especial (e com grau de importância maior) regulando a espécie e com otimização em sentido completamente diverso (princípio que institui razões contrárias), pois este tem primazia comprovada, impondo ao suposto **princípio implícito**, limites jurídico-funcionais inarredáveis na formação da decisão judicial. Parece-nos, então, que é falha a proposição de que a **nulidade *ab origine*** deva ser admitida como postulado juridicamente vinculativo.

O artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, prevê que a norma julgada definitivamente inconstitucional terá sua **execução suspensa** pelo Senado Federal, conferindo à decisão prolatada no controle difuso eficácia contra todos, onde a decisão terá força obrigatória não somente entre as partes envolvidas no processo subjetivo, como em relação a terceiros (*inter omnes e erga omnes*), incluindo-se os poderes e autoridades públicas (exceto o Legislativo) e particulares (antes de 1977 a exigência aplicava-se também para o controle concentrado - ação/representação de inconstitucionalidade direta, à inconstitucionalidade em tese). Essa fórmula era solução de compromisso para evitar polêmica sobre o papel do Judiciário no sistema da divisão de Poderes e vem desde 1934, exceto na Constituição de 1937, como mecanismo incorporado às Constituições subsequentes, sendo preservado pelo Constituinte de 1988, inclusive com rejeição do artigo 1º, da Proposta de Emenda à Constituição Federal nº 130, de 1992, que previa a supressão do artigo 52, inciso X.

Quando a norma constitucional fala em **execução suspensa**, já vimos antes (no sub-item **8.3 Teoria da Nulificabilidade**), quer significar a **vigência fática**, cuja tradução, no meio jurídico, refere-se à **eficácia**.³⁹⁴ A **eficácia** deriva do cumprimento ou da aplicação da norma, mas não se confunde com a validade, também já vimos com Kelsen.

³⁹³ HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69: “Agrupações dos princípios de um sistema jurídico (ou uma parte dos mesmos) devem, indiferente se elas contêm relações de primazia ou não, ser qualificadas de “teorias de princípios” do sistema jurídico (ou de uma parte do mesmo). Quanto mais fixações sobre relações de primazia uma teoria dos princípios contém, tanto mais forte ela é [...]”.

³⁹⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, a quem recorreremos para corroborar a noção conceitual sob comento, **eficácia é** “(a) a energia automática da resolução judicial. A sentença ou o despacho torna-se suscetível de ser obrigativo, eficaz, no

A norma declarada inconstitucional no controle difuso pelo STF não deixa de existir. Permanece no mundo jurídico e seu **déficit** resolve-se no **plano da validade**, com a sua **rejeição** e não-aplicação somente para o caso concreto, permanecendo válida perante terceiros. Essa validade de uma norma é sua **existência** específica, ideal, pois dizer que uma norma “vale” significa que ela é **existente** (Kelsen). Por essa razão é que o Senado Federal, como órgão estatal que compartilha parcela de competência no sistema de legalidade estatal-jurídico para guarda da Constituição, somente desempenha sua **atividade jurídica** como **legislador negativo**, porque parte do pressupondo da validade da norma declarada inconstitucional, a partir da qual retirará a eficácia **para todos** com efeitos *ex nunc*.

Por conseqüência, a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso não retira, automaticamente, a **validade ou vigência normativa** da lei inconstitucional de forma geral, restringindo-se a invalidação somente às partes no caso concreto (art. 468, CPC)³⁹⁵. A lei declarada

momento em que faz entrar na espécie abstrata a espécie fática; mas ainda é a lei que vai marcar o momento dessa eficácia [...] A eficácia compreende, portanto, a **fôrça** (e.g., a eficácia consistente na fôrça de coisa julgada material da sentença declarativa) e o **efeito** (e.g., a eficácia consistente no efeito de execução da sentença condenatória, efeito que as sentenças declarativas de ordinário não têm)” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. 1, p. 160-161). Em outra obra, comentando a Constituição de 1967/69, discorrendo sobre a natureza e eficácia das decisões de inconstitucionalidade, classifica cientificamente as decisões jurídicas em declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas, anotando que: “A ciência dos últimos decênios diz-nos, ademais, que as classes dessas decisões são determinadas por **preponderância de eficácia das decisões**; não há, ou, pelo menos, ainda não se apontaram, decisões **puras**: todas elas têm elementos das outras – posto que, na composição de cada uma, ou a eficácia declarativa, ou a constitutiva, ou a condenatória, ou a mandamental, ou a executiva venha à frente, razão por que se lhe dá o nome de **força** de sentença [...]” (PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967/69**. p. 617. Ver, ainda, PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 2, p. 284). A seu turno, vale mencionar Barbosa Moreira, quando salienta a diferença entre o **conteúdo do ato jurídico** (sentença) e os seus **efeitos**, como entidades inconfundíveis, porque aquilo que integra o ato, não resulta dele e o que dele resulta, não o integra, pois o **efeito** é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, arrematando que: “Eficácia, enfim, é palavra que se costuma usar, na linguagem jurídica, para designar a qualidade do ato, enquanto gerador de efeitos” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O conteúdo e efeitos da sentença, variações sobre o tema. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 35, nov. 1985, p. 205-206). Do mesmo autor, em outro artigo: “[...] A eficácia, entendida simplesmente como aptidão para produzir efeitos (variáveis, é claro, segundo a natureza da decisão), é atributo autônomo, do ponto de vista conceptual, em relação à coisa julgada, como atestam os casos em que, inexistente esta, nem por isso se dirá que a sentença seja desprovida de efeitos – [...]” (BARBOSA MOREIRA, Ainda e sempre..., p. 12).

³⁹⁵ Vimos, anteriormente (no sub-item **8. 3 (Teoria da Nulificabilidade)**, que o STF utiliza os conceitos de **vigência fática** (eficácia) e **vigência normativa** (validade) – RTJ 190/377 – sendo uma das questões mais debatidas e controvertidas na teoria das normas a noção de **validade**. Entretanto, na linha que adotamos até aqui, sem aprofundarmos tema tão complexo, que não é o objeto principal do presente escrito, vale registrar, com apoio em Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que a **validade** tem pelo menos dois significados mais expressivos: **a)** refere-se à existência normativa, onde validade equivale a existência jurídica; **b)** outro, pressupondo sua existência mais sua edição dentro da **legalidade**, porque a autoridade que a emitiu tinha permissão em norma superior para prática do ato. Logo, válido e validade algumas vezes referem-se à existência como tal e outras, ao fato de que, formalmente, o resultado pelo qual passou a existir a norma é dotado de legalidade. Refere aquela autora que o “normativismo Kelseniano distingue, com precisão, vigência de eficácia, porém, em determinados momentos usa a expressão vigência com o sentido de validade, ou melhor, no sentido de validade técnica formal, de legalidade. Para Kelsen, dizer que uma norma vale (é vigente) quer dizer que ela é vinculativa, ou seja, que os indivíduos devem se conduzir de uma determinada maneira, conforme a conduta prescrita na norma [...]” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,

inconstitucional *in casu* continua a **existir** de tal modo que a cláusula de revogação (expressa ou implícita) da legislação a ela anterior permanece vigente e se vier a ser revogado o preceito constitucional em relação ao qual é incompatível, a lei considerada incidentalmente inconstitucional, recobrará o vigor (o caso não é de repristinação)³⁹⁶. Uma norma que tem **vigor** é uma norma que tem força impositiva, não havendo como subtrair-se ao seu império. Quando a Constituição fala em **suspender a execução** (e não a validade), por óbvio que se está a tratar do **plano da eficácia**, dos efeitos, da força eficaz da sentença constitucional, pressupondo algo que existe, sendo esse o conteúdo material do dispositivo (art. 52, X, CF).

p. 64-65). **Concordamos com a conclusão da autora** de que o termo **validade** expressa algo diferente do que se quer referir com as expressões **vigência, positividade e eficácia**, guardando-se a idéia fundamental de que válida é a norma que foi editada em conformidade com outra norma. Por essa razão, o qualificativo **vigência normativa**, utilizado pelo STF para designar **validade**, pode levar a confusões conceituais, uma vez que o termo **vigência** aproxima-se mais da eficácia social. Não obstante a dificuldade de clarear a nomenclatura utilizada pelo STF, pode-se asseverar que a **suspensão da execução** pelo Senado não coincide com essa designação do STF (vigência normativa), mas sim, refere-se à **vigência fática**. Vigência é empregada para duas situações diversas. Já quando uma conduta humana conforme à norma, se verificar na ordem dos fatos e, portanto, temos uma efetiva aplicação, observância e respeito à norma, dizemos há **eficácia** ou que o comando está dotado de **normatividade**. Também quanto à eficácia temos dois significados: Como **eficácia social** designa-se a efetiva conduta social, acorde com a prevista pela norma, aplicada e respeitada e como **eficácia jurídica**, que é a capacidade de produção de efeitos, ter **aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade**. Normalmente, coincidem a eficácia social ou efetividade com a eficácia jurídica, produção de efeitos, mas, segundo Kelsen, uma norma particular pode permanecer eficaz em um ordenamento jurídico, mesmo sem ser efetivamente aplicada. Entretanto, para que o ordenamento jurídico como um todo esteja em vigor e seja válido, é necessário um mínimo de **eficácia de fato**, quer dizer, que seja efetivamente aplicado ou observado pela comunidade. **Um mínimo de eficácia, nesse caso, é condição de sua existência**. No que tange à **suspensão da execução** pelo Senado das normas consideradas inconstitucionais pelo plenário do STF (art. 52, X, CF), como afirmado antes, é lícito equipará-la à **eficácia** ou designarmos **vigência fática**, já que referente à necessidade de suspender-se a capacidade de produção de efeitos ou à retirada de sua **respeitabilidade, observância e executoriedade** perante todos. Pode-se afirmar reunirem-se aí, pois, tanto a eficácia social como a jurídica. De qualquer sorte, a retirada da vigência fática não retira a vigência normativa ou a **validade e existência** (na concepção unitária de Kelsen), por conseqüência, em nossa ordem constitucional positiva, a inconstitucionalidade ou nulidade da norma não pode ser equiparada a sua inexistência, como faz a doutrina norteamericana. Enquanto o STF prende-se a filigranas conceituais, empregando terminologia técnico-jurídica considerada complexa na teoria geral do direito, dificultando o desenvolvimento e a clareza de um discurso argumentativo correto para a teoria da jurisdição constitucional, o problema da **nulidade** dos atos inconstitucionais no controle difuso não se deixa vencer, seguindo sem uma solução teórica satisfatória. Um dos objetivos do presente trabalho consiste exatamente nisso, em explicar o problema prático a que conduz o entendimento (por nós não aceito) de que a **nulidade** constitui-se postulado vinculativo de hierarquia constitucional.

³⁹⁶ Cf. CUNHA, **O efeito...**, p. 74. O Min. Gilmar Ferreira Mendes, embora argumentando para conduzir à conclusão de que o caso do art. 52, X, da CF, é um caso de **mutação constitucional**, rende-se à constatação da incoerência entre a **teoria da nulidade** adotada entre nós e os termos explícitos do texto constitucional: “Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia **ex tunc**, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a **negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional**. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.”(grifamos)

“Assinale-se que, se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era **ipso jure nula**, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.” Vide, a propósito da **mutação constitucional**, o item 6.2.4.3. (**Suspensão da Execução: Obrigatoriedade ou Conveniência do Senado?**) e item 6.2.6. (**Procedimento Prévio Como Requisito de Garantia do Controle Normativo**).

Nessas condições, o alegado **princípio da nulidade** se autodestrói, por conter uma contradição interna: considerar previamente inexistente (juiz somente declara uma nulidade preexistente) o que existe, tem vigência e validade. Trata-se de uma proposição dogmática do discurso jurídico-constitucional, com caráter universal (nulidade retroativa), que não suporta um exame sistemático em conjunto com outros enunciados, falhando em seu resultado lógico (uma espécie de fratura sistemática). É pressuposto mínimo de uma teoria da argumentação jurídica racional que o discurso jurídico justifique-se internamente (**justificação interna**), retirando suas premissas do direito positivo, em elas existindo, como é o caso ora examinado.³⁹⁷

Partindo-se de uma concepção de que os princípios seriam normas que estariam na base ou constituiriam a *ratio* de regras jurídicas e sendo o art. 52, X, da CF, regra mais específica a tratar dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade (regra que tem caráter “prima facie” mais forte que a nulidade), a pretendida **imanência constitucional da nulidade plena** encontra óbice intransponível para desempenhar papel estruturante ou, como sustentado por parte da doutrina, de superioridade hierárquica no sistema das fontes do ordenamento constitucional.³⁹⁸ Será difícil, nessas condições, a recondução de uma norma principiológica **não-escrita**, de aceitação controvertida, ao seu **fundamento de validade constitucional**.

A esse propósito, Konrad Hesse corrobora o que afirmamos acima, ao lembrar que:

[...] a Constituição não se converte em sistema ‘sem lacunas’. Ela carece muito mais do complemento pelo Direito Constitucional não-escrito que, porém, justamente por causa dessa função somente complementar, nunca pode nascer e existir completamente desprendido da Constituição escrita, senão sempre somente como desdobramento, completamento ou aperfeiçoamento dos princípios da Constituição escrita e sempre em consonância com esses princípios. Por causa da função da Constituição escrita não é possível, com apoio no direito não-escrito, passar por cima do Direito Constitucional escrito.³⁹⁹

A banalização em se classificarem **princípios constitucionais** como **implícitos, imanentes ou não-escritos** presta-se ao subjetivismo e a outros critérios não controláveis intersubjetivamente, porquanto cada jurista acaba por estabelecer a sua relação de princípios implícitos, enfraquecendo-se, destarte, a respeitabilidade científica das classificações. Disso se apercebeu o juiz do Tribunal Constitucional espanhol, Francisco Rubio Llorente, ao anotar que **princípios constitucionais**

³⁹⁷ ALEXY, **Teoria de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 220. Vide, também, ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 117 et seq.

³⁹⁸ Sobre fontes formais e materiais, vide HECK, *As fontes...*, p. 59-81.

³⁹⁹ Cf. HESSE, **Elementos...**, número de margem 34, p. 44.

resultantes de **premissas implícitas** ou de subentendidos apenas racionalizados, criam uma situação de confusão, da qual resultam não poucos danos para a autoridade da lei e ao reto entendimento do lugar que esta deve ocupar nas democracias contemporâneas:

La dificultad surge cuando se pretende utilizar el principio no escrito como criterio para determinar la validez del Derecho escrito.

De una parte, em efecto, este uso de los principios como <<normas de referencia>> plantea en términos muy distintos el problema de su fundamento, pues la lógica exige que la fuerza invalidante del principio forme parte de la <<regla de reconocimiento>>, de la norma que fundamenta la validez de las restantes, es decir, de la Constitución. De la otra, como fácilmente se comprende, y nuestra doctrina frecuentemente tiende a olvidar, esa utilización de los principios como medida de la validez de las normas escritas no puede analizarse sin tener en cuenta el rango, legal o reglamentario, de las normas controladas.⁴⁰⁰

O chamado **princípio da nulidade** segue a classificação doutrinária da teoria dos direitos não-limitáveis, ou **teoria interna** dos direitos constitucionais. O seu conteúdo já é predeterminado; é ordenado juridicamente como norma *prima facie*, porquanto, de antemão seu alcance está definido pela máxima de que a lei inconstitucional é nula desde o nascimento e retroativamente, não comportando qualquer alternativa de decisão pela autoridade chamada a retirar a validade da norma geral no caso concreto. Prova disso é a notória insuficiência da declaração de nulidade quando se trata de resolver problemas relativos a prestações de índole positiva ou mesmo de inconstitucionalidade por omissão. As exceções que a jurisprudência do STF e a doutrina têm construído para o **dogma da nulidade**, mais corroboram a **nulificabilidade**, que sustentam-no como princípio constitucional. A propósito dos direitos não-limitáveis, consulte-se o que expende Martin Borowski:

Según la teoría de los derechos no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho com su contenido determinado. Una posición que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Hay un objeto normativo, un derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites del derecho son <<inmanentes>> [...] Si el derecho, en su acepción de derecho no limitable, tiene su alcance definido de antemano, su restricción se torna innecesaria e imposible.⁴⁰¹

Os princípios, como normas que indicam a realização de algo em uma medida máxima, podem sujeitar-se a uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto, submetendo-se a uma técnica de argumentação que será tomada em um **processo de ponderação** (ponderação de bens jurídicos – objeto de proteção de princípios -

⁴⁰⁰ LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y principios constitucionales. doutrina y jurisprudencia**. Barcelona: Ariel, 1995, Prólogo, p. XVI.

⁴⁰¹ BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 32.

no caso concreto), podendo e devendo ser aplicados na medida tão alta quanto possível, podendo ter diferentes graus de efetivação.⁴⁰² Ao contrário das regras, que são **ordenações de vigência**, os princípios são **comandos (mandatos ou mandamentos) de otimização (Optimierungsgebote)**, pertencentes ao âmbito **deontológico**, que se submeterão a uma **concordância prática**, com o que, Robert Alexy, sustenta a tese de que são normas **qualitativamente** distintas das regras de direito:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los **principios** son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en 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**. En cambio, las **reglas** son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen **determinaciones** en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.⁴⁰³ (grifamos).

A seu turno, conforme a concepção de princípios de Gustavo Zagrebelsky, os mesmos têm papel constitutivo da ordem jurídica e nos oferecem **critérios para tomada de posições**, ao contrário das regras, que exigem relação de obediência, de validade ou invalidade. Os princípios encerram uma relação de adesão ou de repulsa e não dizem nada diretamente a propósito de uma

⁴⁰² Cf. HESSE, **Elementos...**, número de margem 34, p. 66. Ver, também, por todos, ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 110, 131 et seq. (**fórmula peso**), p. 156.

⁴⁰³ ALEXY, **Teoría de los...**, p. 86-87. A propósito das **diferenças qualitativas** entre as determinações normativas, vale conferir a síntese que Luís Afonso Heck, na nota de pé de página nº 18, na **Apresentação** do livro de Maria Cláudia Cachapuz: “18 [...] Nesta variável são trabalhados dois autores: Dworkin e Alexy. (Para Dworkin Schmidt cita Taking Rights Seriously, 1978, e usa a tradução alemã Bürgerrechte Ernstgenommen (tradução de Ulrike Wolf, 1984.) Assim, segundo Dworkin, deve distinguir-se entre “regras” e “princípios”; essa diferença é uma diferença lógica, com o que ele considera uma diferença qualitativa. Ela consiste nisto, que regras são aplicáveis no modo do tudo-ou-nada, isto é: quando os fatos, que uma determinação fixa como condições, estão dados, então a regra é ou válida – nesse caso deve a resposta, que ela proporciona, ser aceita – ou ela não é válida, e então ela não contriubui nada para a decisão. Pelo contrário, um princípio é um fundamento que é um argumento em uma determinada direção, que, porém, não torna necessária uma determinada decisão, mas somente deve ser observado de forma que o juiz tem que tomá-lo em conta como uma consideração. Com isso contíguo, a outra diferença entre “regra” e “princípio” consiste nisto, que somente princípios têm uma dimensão de peso ou significado, que conduz a isto, que em princípios, que se cruzam, deve ser tomado em conta o peso relativo de ambos os princípios, enquanto em duas regras que se cruzam está assente que uma de ambas não é uma regra válida (mesmo autor e obra, S.240, aspas e pontuação no original). (Para Alexy, Schmidt cita a Theorie der Grundrechte, 1985.) Conforme isso, Alexy assumiu a posição de Dworkin e a agudizou ao ele aceitar que em princípios não se trata de qualquer “fundamento”, mas de normas de um tipo diferente perante as “outras” normas, ou seja, de **mandamentos de otimização**. Tais mandamentos indicam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas; a medida “ordenada” da realização é, no quadro das possibilidades jurídicas, nisso determinada por princípios e regras em sentido contrário. Diferença decisiva para com as regras: essas podem – como em Dworkin – sempre somente ou ser cumpridas ou não cumpridas. Para o preenchimento dos mandamentos de otimização Alexy propõe uma “lei de ponderação”, que certamente não contém um procedimento de decisão definitivo; ao contrário, deve aqui, então, ter lugar um enlace com a teoria da argumentação racional (mesmo autor e obra, S. 241, aspas e itálico no original)”. (HECK, **Apresentação**, p. 17-18). A propósito de regras e princípios em Robert Alexy, consulte-se artigo doutrinário de HECK, **Regras...**, p. 52-100, 2003 e, também, do mesmo autor: HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, p. 113-122, 1º sem. 2000 e ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 155 et seq. e 131 et. sequ.

situação específica, porém dão critérios para tomada de posição frente a situações *a priori* indeterminadas, quando venham a ser determinadas concretamente.⁴⁰⁴

Para ilustrar o significado do princípio, com apoio nas lições de Gadamer, é lícito afirmar que o papel que o princípio joga nas soluções dos casos concretos equivale ao significado que tem o **princípio da história efetual** para a hermenêutica. A consciência da história efetual significa para Gadamer algo muito mais fundamental, pois, para ele, ela goza de um *status* de “princípio”, do qual se pode deduzir quase toda a sua hermenêutica – entender é, essencialmente, um processo de história efetual:

A consciência histórica tem de se conscientizar de que, na suposta imediatez com que se orienta para a obra ou para a tradição, está sempre em jogo esse outro questionamento, ainda que de uma maneira despercebida e, por conseqüência, incontrolada. Quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos sempre sob os efeitos dessa história efetual. Ela determina de antemão o que se mostra a nós de questionável e como objeto de investigação, e nós esquecemos logo a metade do que realmente é, mais ainda, esquecemos toda a verdade deste fenômeno, a cada vez que tomamos o fenômeno imediato como toda a verdade⁴⁰⁵.

Gadamer faz interessante desenvolvimento a propósito da **experiência**, afirmando que a experiência não é a própria ciência, mas é um pressuposto necessário para ela. Busca a idéia da **generalidade da experiência** de que nos fala Aristóteles – o domínio unitário do conjunto -, mas negando ser essa generalidade aquela própria do conceito ou da ciência e arrematando que, para Aristóteles, de maneira muito simplificada, a **generalidade do conceito (princípio ou comando) é um prius ontológico**, ao revés do que se deve considerar em um verdadeiro processo de experiência, onde as generalidades típicas não se formam sem rupturas ou contradições.⁴⁰⁶ Essa

⁴⁰⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Giulio Einaudi, 1992, p. 147-150. Nessa mesma linha, podemos citar J.J. Gomes Canotilho, para o qual, uma das características dos princípios é a sua **natureza normogenética**, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas. (CANOTILHO, **Direito constitucional...**, p. 1034-1035).

⁴⁰⁵ GADAMER, **Verdade...**, p. 448-449.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 520-521, consulte-se, a propósito, o desenvolvimento de Gadamer: “[...] Aristóteles encontra uma esplêndida imagem para a lógica desse procedimento. Ele compara a multidão de observações que alguém faz, com um exército em fuga. Também elas são fugidias, não permanecem onde estavam. Ma quando, nessa fuga generalizada, uma determinada observação se confirma em uma experiência repetida, nesse caso ela permanece. Com isso se forma nesse ponto uma primeira estância fixa, dentro da fuga geral. Se a este começam a se acrescentar outros, a final o exército inteiro de fugitivos acaba detendo-se e obedecendo de novo à unidade de comando. O domínio unitário do conjunto é aqui uma imagem do sentido da ciência. A imagem deve mostrar que a ciência, isto é, a verdade geral, pode chegar a se produzir apesar de que não deve depender da causalidade das observações, já que deve ter verdadeira validade geral. Como é possível que isto resulte da causalidade das observações? A imagem é importante porque ilustra o momento decisivo da essência da experiência. Como toda imagem, ela é manca, mas esse mancar de uma imagem não é uma deficiência, mas a outra face do desempenho abstrativo que leva a cabo. A imagem aristotélica do exército em fuga manca, na medida em que faz uma pressuposição distorcida.

pequena digressão serve para indicar que, para Canotilho e Zagrebelsky, aqui mencionados, por exemplo, dentre outros tantos que figuram na doutrina, a **concepção de princípio é vista de forma ôntica**, assim como apontado por Gadamer, em relação à **generalidade e a unidade do conceito** que seria dado como um **comum de antemão**, quando estabelece que os princípios são **fundamentos de regras**, ou, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, servindo de fundamento para criação destas.⁴⁰⁷

Parte de que antes da fuga deve ter havido um estado de repouso. E para o que aqui tem de ganhar imagem, o estabelecer-se do saber, isto não é admissível. Entretanto, precisamente através dessa deficiência, torna-se claro o que é que a metáfora em questão tinha de ilustrar: **que a experiência tem lugar como um acontecer de que ninguém é dono, que não está determinada pelo peso próprio de uma ou outra observação, mas que nela tudo se ordena de uma maneira impenetrável. A imagem mantém firme essa peculiar abertura, na qual se adquire a experiência, nisto ou naquilo, de repente, de improviso, e, no entanto, não sem preparação, e vale até que apareça outra experiência nova, determinante não somente para isto ou para aquilo, mas para tudo que seja do mesmo tipo. Esta é a generalidade da experiência, através da qual surge, segundo Aristóteles, a verdadeira generalidade do conceito e a possibilidade da ciência. A imagem ilustra, pois, como a generalidade sem princípios da experiência (o enfileiramento das mesmas) conduz, todavia, à unidade da (αρχη)(αρχη= “comando” e “princípio”).**

Entretanto, quando se pensa na essência da experiência somente por referência à ciência, como faz Aristóteles, simplifica-se o processo no qual se produz. É verdade que a imagem descreve precisamente esse processo, mas o faz sob pressupostos simplificadores que não têm validade sob a forma como aparecem aqui. **Como se o que é típico da experiência se oferecesse a si mesmo, sem contradições! Aristóteles assume como dado de antemão esse comum que fica em repouso em meio à fuga das observações e se configura como geral; a generalidade do conceito é para ele um prius ontológico. O que interessa a Aristóteles na experiência é unicamente a sua contribuição à formação dos conceitos.**

E quando se considera a experiência na perspectiva a seu resultado passa-se por cima do verdadeiro processo da experiência; pois este é essencialmente negativo. Ele não pode ser descrito simplesmente como a formação, sem rupturas, de generalidades típicas. Essa formação ocorre, antes, pelo fato de que as generalizações falsas são constantemente refutadas pela experiência, e coisas tidas por típicas hão de ser destipificadas. Isto tem sua cunhagem lingüística no fato de que falamos de experiência num duplo sentido, de um lado, como as experiências que se integram nas nossas expectativas e as confirmam, de outro, como a experiência que se “faz”. Esta, a verdadeira experiência, é sempre negativa. Quando fazemos uma experiência com um objeto, isto quer dizer que até agora não havíamos visto corretamente as coisas e que é agora que nos damos conta de como são. A negatividade da experiência possui, por conseguinte, um particular sentido produtivo. Não é simplesmente um engano que se torna visível e, por conseqüência, uma correção, mas o que se adquire é um saber abrangente. Por conseqüência, o objeto com o qual se faz uma experiência não pode ser um objeto recolhido aleatoriamente, mas tem de ser de modo a que possa prestar-se a um melhor saber, não somente ele, mas também sobre aquilo que antes se acreditava saber, isto é, sobre uma generalidade. A negação, em virtude da qual a experiência chega a alcançar isto, é uma negação determinada. A essa forma da experiência damos o nome de **dialética**” (grifamos).

⁴⁰⁷ CANOTILHO, **Direito constitucional...**, p. 1160-1161. Em interessante apanhado, narrando a confusão que se originou com a crassa tergiversação do conceito grego e aristotélico de *polis*, Carl J. Friedrich aponta a “*deificación del Estado*” onde a *polis* era, em realidade, igreja (o Olimpo grego, com suas numerosas divindades, havia permitido que cada uma das *polis* participasse na divindade), mesclando-se, estreitamente entre si, portanto, Estado e igreja, resultando que a fidelidade religiosa do homem, assim como a lealdade política estavam fundidas em tal comunidade. Foram associadas, então, as idéias arraigadas na realidade grega com o governo dos administradores monárquicos e criadores dos mitos do Estado e da soberania, impondo a carga de uma herança da qual tem sido sucessivas encarnações o império colonial britânico, Napoleão e Hitler. Conclui o autor que pouco do que afirma Aristóteles a respeito da *polis* pode aplicar-se ao governo moderno e a palavra Estado foi o veículo da confusão introduzida neste problema. Para o que nos interessa, aqui, a respeito da classificação sob o modo aristotélico dos princípios, vale mencionar, com tradução livre: “Não somente era distinta do governo moderno a realidade de que se ocupou Aristóteles, mas também seu modo de enfocar o estudo da realidade estava dominado por uma lógica que hoje está superada na ciência política, da mesma forma que na física. Aristóteles, assim como Platão, se preocupava **de problemas estáticos de classificação**. La classificação é importante no trabalho científico, porém se o princípio em que se apóia é irrelevante, dificulta a análise, ao invés de fazê-la progredir. Os gregos classificaram os governos com apoio em dois princípios: a) o número de governantes e b) **juízos morais fixos a respeito de seus fins**.”

Retornando às lições de Alexy, as quais tomamos como apoio para afirmar que o princípio da **nulidade retroativa**, para ser confirmado cientificamente como **princípio de hierarquia constitucional**, ou como uma norma de um tipo diferente perante outras normas, dependeria não só do quadro das possibilidades reais (fáticas), mas também das possibilidades jurídicas (normativas) para sua realização tão ampla quanto possível. A medida “ordenada” dessa realização é determinada pelos princípios e regras em sentido oposto (colisão de princípios ou regra associada a princípio de peso maior em sentido contrário). Isso, por si só, já seria incompatível com a **teoria interna**, ou com a **teoria da não-limitação** de direitos, na qual se enquadra a **nulidade *ab initio* e *ex tunc*** da lei inconstitucional. Sem embargo, no caminho de a pretensão da **nulidade** erigir-se a princípio de hierarquia constitucional, existe regra constitucional (art. 52, X, CF), sustentada, em seu conteúdo, por princípio constitucional em sentido oposto, de **peso maior**, que é o **princípio fundamental da separação de poderes** (art. 2º e 60, § 4º, III, CF), cuja idéia básica, desde 1934, foi evitar o *Gouvernement des Juges*.⁴⁰⁸

A norma do artigo 52, inciso X, da CF, assegura a validade geral do ato considerado inconstitucional no controle difuso, até que o Senado Federal suspenda sua execução, portanto é antinômico falar-se em nulidade como princípio se o próprio direito constitucional mantém a validade. O plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios.

Além da explícita regra constitucional do art. 52, inciso X, da CF, **impedindo** o reconhecimento de que a nulidade *ipso jure* e *ex tunc* possa ser tomada como princípio constitucional (imaneente) entre nós, pode ser mencionado, também outra relação de fundamentação coerente, como premissa normativa de fundamentação adicional, o texto infraconstitucional do art. 27, da Lei nº 9.868/99, o qual, na condição de **lei nacional** consagra, na ordem jurídica infraconstitucional, a adoção da **nulificabilidade (inconstitucionalidade) com efeitos restritos ou limitados**. O mesmo texto repetiu-se no art. 11, da Lei nº 9.882/99, que trata da ADPF. Poder-se-ia argumentar que a possibilidade de restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade é uma

Ademais, muitos juízos se expressavam em termos muito vagos e muito abstratos, o que permitia aplicar a palavra **bom** a uma instituição como a escravidão e descuidar as conseqüências morais implícitas na miséria. Esses dois princípios de classificação se apoiavam em uma premissa maior inexplicada: toda mudança é intrinsecamente ruim, salvo em termos de juízos morais fixos, à variedade dos quais, impedia sua aplicação cientificamente. É obvio que **semelhante modo de ver as coisas constitui a antítese da maneira moderna de enfocar o problema**. A importância que atribuímos ao **devenir**, à história das instituições e a seu desenvolvimento faz com que **nosso enfoque seja dinâmico**. Nos preocupam os processos e as funções [...] – grifamos - (FRIEDRICH, *Teoria...*, p. 15-16 e p. 30).

⁴⁰⁸ LAMBERT, *Le gouvernement...*, p. 25

exceção à norma principiológica da nulidade, o que, então, apenas ratificaria a adoção da retroatividade *ex tunc* como princípio implícito da jurisdição constitucional brasileira.

Entretanto, embora o legislador ordinário tenha pressuposto a orientação vigente do dogma da **nulidade absoluta** ao redigir o texto da lei, não conseguindo desprender-se desse atavismo proveniente do modelo norte-americano, deu sinais visíveis de que existe um difícil problema de convivência entre os dois modelos de controle normativo no Brasil (difuso e concentrado), também no que diz respeito às **técnicas ou fórmulas de decisão**.⁴⁰⁹ E aqui podemos identificar também um entrave de ordem fático-jurídico em sentido inverso à aceitação da **nulidade retroativa** como postulado ou princípio imanente. A redação do art. 27, da Lei n° 9.868/99, ao contrário de sustentar a afirmação do princípio da nulidade, mais reforça o acolhimento da doutrina e fundamentos do conhecimento científico que embasam a **teoria da nulificabilidade**, de matiz austríaco. Outro dado normativo: O art. 11, § 1°, da Lei n° 9.868/99, prevê que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito **ex nunc**, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. O dispositivo regulamenta o art. 102, inciso I, letra “p”, da Constituição Federal e denota a opção do legislador constitucional em conferir a presunção de **validade** dos atos normativos tidos por inconstitucionais. A regra, e não a exceção, serão os **efeitos não-retroativos** da cautelar, opondo-se ao acolhimento da **nulidade ipso jure et ab initio**, ensinada tradicionalmente pela **teoria “velha”** no constitucionalismo brasileiro,⁴¹⁰ como cláusula não-escrita⁴¹¹ Portanto, no

⁴⁰⁹ A terminologia “**outras fórmulas decisórias**” foi designada em artigo doutrinário por HECK, O recurso..., p. 129-131) e está ligada à possibilidade de limitação da retroatividade da cassação constitucional, ou sua eficácia somente *pro futuro* a determinados casos particulares ou a uma determinada categoria de casos, enfim, as chamadas **alternativas para a declaração de nulidade**. Sobre “**fórmulas decisórias**”, ver supra, no tópico **6.2.6 (Procedimento Prévio como Requisito de Garantia do Controle Normativo)**.

⁴¹⁰ Vide, sobre a “**crise da teoria velha**”, o expandido na **Introdução** e cuja proposta de demonstração de **mudança do status de paradigma científico comunitário** é um dos intentos deste trabalho, porque, como anota KUHN, Thomas S., paradigmas são primeiramente atacados e então modificados e “[...] enquanto os paradigmas permanecem seguros, eles podem funcionar sem que haja necessidade de um acordo sobre as razões de seu emprego ou mesmo **sem qualquer tentativa de racionalização**” (grifamos). Os ensinamentos de KUHN são aplicáveis à presente situação do debate **nulidade/anulabilidade**, na medida em que um grupo científico bastante amplo no Brasil, aceita a **nulidade** como princípio constitucional, tendo esse **paradigma** se iniciado quando foi adotado o modelo de controle difuso norte-americano, merecendo, assim, uma “pequena revolução” na sub-divisão do campo de estudos da teoria da jurisdição constitucional. Vale destacar, do autor: “Uma nova teoria é sempre anunciada juntamente com suas aplicações a uma determinada gama concreta de fenômenos naturais; sem elas não poderia nem mesmo candidatar-se à aceitação científica. Depois de aceitas, essas aplicações (ou mesmo outras) acompanharão a teoria nos manuais onde os futuros cientistas aprenderão seu ofício. As aplicações não estão lá simplesmente como um adorno ou mesmo como documentação. Ao contrário, o processo de aprendizado de uma teoria depende do estudo das aplicações, incluindo-se aí a prática na resolução de problemas, seja com lápis e papel, seja com instrumentos num laboratório. Se, por exemplo, o estudioso da dinâmica newtoniana descobrir o significado de termos como “força”, “massa”, “espaço” e “tempo”, será menos porque utilizou as definições incompletas (embora algumas vezes úteis) do seu manual, do que por ter observado e participado da aplicação desses conceitos à resolução de problemas” (KUHN, **A estrutura...**, p. 71-74).

⁴¹¹ BRASIL. No Ag.Reg. na Rcl n. 909-DF, tendo como Rel. o Min. Nelson Jobim, restou assentado, no julgamento da ADC 4, que a decisão que concede medida cautelar é investida da mesma eficácia contra todos e efeito vinculante,

âmbito das **possibilidades jurídicas ou normativas** (Alexy), já encontra o princípio da nulidade óbice à sua afirmação como **mandamento de otimização**,⁴¹² já que no plano das regras, que precede o plano dos princípios, existe dispositivo constitucional em sentido contrário, nem pode servir como postulado que oferece **critérios para tomada de posições** (Zagrebelsky). O princípio da nulidade não pode ser, nessas condições, como cláusula implícita pressuposta, reconduzido direta e imediatamente ao seu fundamento de validade constitucional. O Direito Constitucional não-escrito, com função somente complementar, nunca pode nascer e existir completamente desprendido da Constituição escrita. Somente pode ser um desdobramento, completamento ou aperfeiçoamento dos princípios da Constituição escrita e sempre em consonância com esses princípios, concluindo com Hesse, “não é possível, com apoio no direito não-escrito, passar por cima do Direito Constitucional escrito.”⁴¹³

Existem boas razões para erigir-se a **teoria da nulificabilidade**, baseada originalmente nas lições de Kelsen, como teoria melhor instrumentada para **garantia de proteção da Constituição**. Isso porque, como visto antes, para Kelsen, há uma tendência em se tratar os atos das autoridades públicas, inclusive os irregulares, como válidos e obrigatórios enquanto outro ato de outra autoridade não os faz desaparecer⁴¹⁴. O que, geralmente, se chama de **nulidade** é apenas o **grau mais alto da nulificabilidade (anulabilidade)**. O que faz a norma jurídica nula é a declaração do órgão competente que a anula com força retroativa, antes disso, ela será sempre válida, mesmo que seja inconstitucional. Com isso, fica afastada a idéia de que a lei inconstitucional é natimorta ou que

características essas da decisão de mérito. Nesse julgado foi admitida reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões, motivo pelo qual **a decisão proferida em reclamação não substitui a decisão recorrida, como nos recursos, mas apenas cassa o ato atacado** (com a **súmula vinculante**, a cassação vem acompanhada da determinação de que outra decisão, em conformidade com a súmula, seja adotada). A reclamação é remédio processual correicional, de função corregedora e também **ação constitucional especial** para garantia da autoridade dos julgados e competência do STF. Somente é admitida a reclamação pelo STF nos casos de processos sem trânsito em julgado, ou seja, com recurso ainda pendente.

⁴¹² Expressão utilizada por HECK, O modelo..., p. 113-122. Vide, também, de HECK, Regras..., p. 52-100. e, também, do mesmo autor, obra que pretende dar forma ao **constitucionalismo discursivo** e que adota a teoria do discurso como teoria de fundamentação de normas: ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 55 et seq.

⁴¹³ HESSE, **Elementos...**, p. 44. A propósito, consulte-se Hesse: “[...] No texto escrito da Constituição nascem, com isso, fixações que aumentam essencialmente o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade da Constituição.

Esse sentido perde-se quando a Constituição escrita não é mais considerada como taxativamente vinculativa. Se o juiz, e com o mesmo direito, o político e qualquer outro – hoje, muitas vezes, em afastamento, falsamente entendido, da concepção jurídica positivista – **acreditam poder passar por cima do Direito Constitucional escrito**, então podem as resoluções, que são obtidas deste modo, às vezes ser mais apropriadas do que aquelas de uma interpretação mais fiel à letra. Simultaneamente, todavia, **está liberado o caminho no qual a Constituição pode ser ludibriada pelo recurso a qualquer interesse discricional pretensamente superior, cuja hierarquia superior, em geral, será controvertida**. A idéia fundamental da Constituição escrita é então abandonada a favor da insegurança por uma luta permanente dos poderes e opiniões que, em sua argumentação, não mais podem referir-se a uma base comum” (grifamos - número de margem 33, p. 43-44).

⁴¹⁴ KELSEN, **Jurisdição...**, p. 141.

o juiz apenas declara a nulidade preexistente. Quando o direito positivo limita o poder de examinar qualquer ato que pretenda ter o caráter de jurídico, reservando-o sob condições precisas a certas instâncias determinadas, é que o ato normativo que seria *a priori nulo*, poderá ser quantificado, em medida de graus distintos, tanto em seu alcance no tempo (âmbito temporal) como nos seus efeitos (âmbito material), chegando ao caso limite de exclusão da legislação - a **nulidade ab initio**.⁴¹⁵ O caso mais grave abarca não somente a possibilidade da nulidade e retroatividade plena, como contempla a abertura para soluções com técnicas e **fórmulas alternativas** (“*decisões alternativas*”, Constituição da Áustria, art. 140, 5 e 7, cujo texto já foi traduzido aqui, no sub-item **8.1 Teoria da Nulidade Ab Initio dos Atos Inconstitucionais (Void Ab Initio Theory)** permitindo a continuidade, evolução e o desenvolvimento da ordem estatal-fundamental da coletividade. Sendo assim, a objeção à necessária construção de soluções alternativas pela evolução e desenvolvimento da jurisdição constitucional é mais forte partindo-se da idéia **nulidade** como princípio, cuja doutrina é mais resistente a tais construções (**teoria interna**), porque enraizado na consciência julgadora um natural retraimento obstativo às novas técnicas de controle normativo de constitucionalidade (*greated self restraint*).

A adoção da **doutrina da inconstitucionalidade com efeitos limitados** nas decisões proferidas no bojo de recurso extraordinário, com o abandono da **teoria da nulidade** (Alemanha) em favor da **teoria da nulificabilidade** (Kelsen), para o caso concreto e no controle difuso, portanto, já foi tentada, infrutiferamente, no direito brasileiro, em 1977, através do Ministro do STF, João Leitão de Abreu. Sustentou aquele jurista, com base na doutrina de Kelsen, que, assim como o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei viciada, também o Tribunal Supremo teria a faculdade reconhecer conseqüências da aplicação da lei inconstitucional, como um fato eficaz que não lhe era lícito ignorar.⁴¹⁶ A tese da **nulificabilidade**, outrossim, seria mais consentânea com modelo de jurisdição concentrada. Vimos, no início deste trabalho, que, na história jurídico-constitucional brasileira, partimos de um controle puramente difuso até chegarmos ao predomínio inarredável do controle concentrado, principal, abstrato e direto, em 1988. De certa forma, *constitutio ferenda*, retornamos ao veio inspirador do sistema de controle de normas que havia sido proposto em 1934, de um modelo de tribunal constitucional com hierarquia na Constituição, tese essa, antes concebida por Kelsen na Áustria (1920).

⁴¹⁵ Cf. KELSEN, **Jurisdição...**, p. 141; KELSEN, **Teoria geral...**, p. 230.

⁴¹⁶ BRASIL. RE 79.343. Relator: Min. Leitão de Abreu, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 82, p. 795.

Eduardo Garcia de Enterría, ao comentar a já aludida *Sentencia Constitucional 45/1989*, que envolvia a possibilidade de pedido de repetição de imposto de renda indevido, caso fosse adotada a nulidade absoluta (que, aliás, tem efeitos previstos na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional da Espanha, arts. 39, 1 e 40), destaca que o ordenamento constitucional foi levado a buscar outra solução que não a nulidade-catástrofe (porque haveria um rombo no sistema fiscal). Ressalta que os mais importantes sistemas de jurisdição constitucional do mundo têm admitido a adoção do **critério da inconstitucionalidade ex nunc e pro futuro**. Registra o autor que a nulidade absoluta e retroativa não é remédio adequado e suficiente para corrigir a imperfeição do sistema legal em relação à inconstitucionalidade. Sinaliza que o sistema vigente da nulidade absoluta e retroativa, ninguém mais contesta, é contrário às regras e valores da Constituição da Espanha.⁴¹⁷

A **declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados**, amplia o campo de ação da jurisdição constitucional sobre as leis e permite um ajuste sucessivo cada vez mais afinado das normas que compõem o ordenamento constitucional, em relação aos valores constitucionais. Tal ensejaria, inclusive, quando fosse o caso, a prolação de **sentenças estimatórias**, como a hipótese lembrada por Alessandro Pizzorusso, da Corte italiana, num sistema onde também vigora a teoria retroativa: "El hecho es, pues, que los efectos en el tiempo de las sentencias estimatorias del Tribunal constitucional no puede describirse, sin más, hablando de efectos ex tunc (retroativos) o de efectos ex nunc o pro futuro; la sentencia será eficaz frente a todas aquellas relaciones (anteriores o posteriores a su publicación) em las que la disposición o norma declarada inconstitucional pudiese ser objeto de aplicación."⁴¹⁸ Ou mesmo das **sentenças de exortação**, na Espanha, como lembra o magistrado daquele Tribunal Constitucional, Francisco Rubio Llorente, na *Sentencia 108/1986*, quando uma probabilidade de risco parece aconselhar a substituição da legislação, não sendo o bastante para declaração da invalidade da lei, a qual deverá ser preservada.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Cf. GARCIA ENTERRIA, Justicia..., p. 14. Vide, também, sub-item 8.4 (**Sentido Subjetivo e Objetivo da Nulidade como Princípio Constitucional**) e sub-item 8.1 (**Teoria da Nulidade Ab Initio (Void Ab Initio Theory)**).

⁴¹⁸ PIZZORUSSO, *Lecciones...*, v. 2, p. 56 e também, sobre las Sentencias Estimatorias Del Tribunal Constitucional, ver p.337 a 344, mesmo volume. O autor SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, abr/jun. 1988, p. 32, nota de pé de página 24, lembra que o Direito italiano também conhece as decisões de "*esortazione al legislatore*" empregando técnica semelhante à adotada no Tribunal Constitucional Federal alemão, referindo o autor CERRI, Augusto. **Corso de giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè 1994, p. 99-100.

⁴¹⁹ Cf. GARCIA ENTERRIA, op. cit., onde faz referência a agudo trabalho de Francisco Rubio Llorente. **La jurisdicción constitucional como forma de creación Del Derecho**, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, p. 36-37, 1988.

Esses exemplos, muitos outros existem, em outros países, para fins de corroborar a argumentação de que há uma tendência mundial à adoção do critério ou doutrina da **limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**, ou, visto de outro ângulo, uma inarredável inclinação às premissas da doutrina da **nulificabilidade**, tomando-se-as como elemento estruturante e integrativo de uma **teoria da jurisdição constitucional**.

Tem enormes reflexos na interpretação e aplicação das normas constitucionais a correta distinção dos preceitos que compõem a estrutura normativo-material da Constituição. O argumento de que o chamado **postulado da nulidade** pode sofrer **ponderações** quando houver colisão com o **princípio da segurança jurídica**, ou com inúmeros outros princípios constitucionais que não é oportuno aqui relacionar, com a finalidade de definir a dimensão básica das suas limitações, tendo em vista a repercussão da decisão no processo de controle concentrado e nos diversos processos de controle difuso, não pode servir de justificativa para a manutenção da teoria retrospectiva como **princípio de status constitucional**.⁴²⁰ No seu oposto, ontologicamente (no sentido do ser de uma teoria e outra), o remédio adequado e suficiente para corrigir imperfeições pode ser realizado, com resultados racionalmente mais favoráveis, por meio da **teoria da nulificabilidade**, com a vantagem

⁴²⁰ De registrar aqui, a observação de Heck, com suporte em Alexy, opondo restrições à tese nulidade como princípio de hierarquia constitucional, porque a **nulidade não é direito fundamental**, portanto não é um **mandamento de otimização** (Alexy, *Grundrechte*, S. 75, ff.). Em segundo lugar, a **nulidade** também não é um **princípio formal** (Alexy, *Grundrechte*, S. 89), e nesse âmbito também não se pode apresentar como um princípio em sentido contrário. Em terceiro lugar, não há previsão escrita de tal princípio, por isso, sua base não pode ser procurada na “*imagem global pré-constitucional*”, utilizando, nesse passo, as lições de HESSE, **Elementos...**, p. 44, nota 40, texto também transcrito neste tópico, acima). (Vide HECK, **A nulificabilidade...**, Nota de pé de página número 41, 2, d). Essa nota de pé de página foi reproduzida no item **8.2 Limites à Eficácia Ex Tunc**, retro, mas **vem reiterada aqui** devido à pertinência da observação de Heck, em nossa opinião, para o que sustentamos, no sentido da releitura da **nulidade** como princípio. De fato, para Robert Alexy, normas que concedem direitos fundamentais ao indivíduo, ou que ordenam a persecução de interesses da comunidade podem ser concebidas como princípios: “Cada vez que una disposición, de derecho fundamental confiere un derecho subjetivo, está adscripto a ella, por lo menos, un principio de este tipo.” (Ibidem, p. 130); na página 65, fornece o conceito de disposições de direito fundamental; em outra passagem: “Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito **deontológico** [...]” (grifamos, p. 141) ; sobre os princípios formais: “Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. Estos principios serán llamados ‘principios formales’. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto mayor es el carácter **prima facie** de sus reglas” (p. 100, vide ALEXY, **Teoría de los derechos...**). As citações de Alexy servem para corroborar que, realmente, o **princípio da nulidade** não pode ser considerado princípio; não está associado a qualquer direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988; não pode ser considerado mandamento de otimização tal qual qualquer norma que tenha um tipo diferente perante outras normas, como são os princípios e também não se apresenta como princípio formal, conforme visto com Luís Afonso Heck. Da mesma forma, remetemos o leitor para o item **8.2 Limites à Eficácia Ex Tunc**, para o registro do posicionamento de Heck, também aqui inusitado na doutrina e jurisprudência pátrias, de que os postulados da **segurança jurídica e excepcional interesse social** não podem ser **fatores de constitutividade**, nem servirem como **critérios normativos**, para efeito de ponderação entre princípios constitucionais em colisão, mas apresentam-se como **bens coletivos** que, nesse sentido, podem ser **objeto de proteção dos princípios**, do mesmo modo como outros objetos (direitos individuais ou não) podem ser de princípios em sentido contrário (Alexy, S. 98). Afirma

de não se estar cogitando de **solução de exceção** a um dogma vigente, mas prática que já decorre, naturalmente, do sistema kelseniano de jurisdição constitucional. A **teoria da nulificabilidade**, hoje, é a vertente constitucional inspiradora do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas. Se o argumento principal a justificar a imanência constitucional da **nulidade plena como princípio** é evitar uma ruptura com o princípio da **superioridade hierárquica da Constituição**, em relação às normas de escalão inferior, já que este não se compadece com o reconhecimento da validade de uma lei considerada inconstitucional de antemão (preexistente), nem com sua aplicação, mesmo que provisória;⁴²¹ a doutrina da **nulificabilidade** não garantiria, com a mesma capacidade de soluções e até com possibilidades mais criativas de resposta às demandas que o *judicial self restraint* não tem se mostrado capaz de resolver?

A resposta não somente é afirmativa como, do ponto de vista do Direito Constitucional, estar-se-ia ligando significado objetivo-constitucional (no **sentido objetivo ou aspecto objetivo do ato estatal**, situa-se a norma superior – **fundamento de validade** – tanto no sentido formal, de seus pressupostos de criação; como no sentido material, de não violar conteúdo de norma superior) à irreversível tendência da prática de atos estatais (sentenças constitucionais) conferindo conseqüências e eficácia às leis inconstitucionais (no **sentido subjetivo** dos atos postos racionalmente pelos indivíduos, quer dizer, atos que têm pretensão deôntica de **ordenar, autorizar e proibir** uma conduta e que deve coincidir com o sentido objetivo que o ato tem, do ponto de vista do sistema jurídico-positivo, aproveitando-se, aqui, a formulação de Hans Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*⁴²²) o que seria, sem dúvida, um ganho para a ciência dogmática do direito.

O argumento de que a **nulificabilidade** ensejaria que as decisões ficassem sujeitas ao mero “**decisionismo**” ou calcadas em razões de conveniência e de pura “política judiciária”, não tem consistência:

Heck que o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.868/99 parece confirmar isso. (HECK, **A nulificabilidade...**, nota de pé de página número 41, 2, d).

⁴²¹ MENDES, **Jurisdição...**, p. 255.

⁴²² KELSEN, **Teoria pura...**, p. 2-3. Nesse ponto, a conexão que buscamos fazer é a de que a **doutrina da nulificabilidade** representaria a autorização do ordenamento jurídico que teriam as chamadas **fórmulas decisórias ou decisões alternativas de inconstitucionalidade**, na condição de atos estatais, com pretensão de se constituírem normas jurídicas gerais, fixadas pelo **legislador negativo** no controle da constitucionalidade das normas, coincidindo, dessa forma, com a própria ordem jurídico-constitucional objetiva em vigor, pois não trataríamos mais a **limitação de efeitos** com a justificativa de ser uma **exceção** à regra da nulidade, na prática da nossa jurisprudência constitucional. Esse enfoque já foi exposto no sub-item anterior, **8.4 Sentido Subjetivo e Objetivo da Nulidade como Princípio Constitucional**, para onde remetemos o leitor.

A **uma**, porque a **nulidade absoluta**, nos casos em que devesse ser decretada, continuaria sê-lo, como grau máximo de invalidade (caso limite da **nulificabilidade** ou **nulificação/nulificabilização com força retroativa**, vide Kelsen), pela autoridade com poder de retirar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico de forma geral (elaboração com sinal negativo) ou pelo órgão competente da comunidade (Tribunal Constitucional).

A **duas**, assim como é utilizada a “**lei de ponderação**” para excepcionar a **nulidade ipso jure** (e aí, curiosamente, não é utilizado o argumento do “decisionismo” ou das “razões políticas” pelos seus fautores!), também encontraríamos na teoria do discurso, como teoria de fundamentação de normas, a estrutura racional de argumentação prático-jurídico-constitucional, constituindo-se nas balizas para a **pretensão de correção** e para a controlabilidade (limites) dos critérios judiciais na ⁴²³**nulificabilidade**. O Estado Constitucional Democrático não somente deixa-se fundamentar com auxílio da teoria do discurso, como ele próprio depende de discursos como meio da formação da vontade racional, portanto, tem a **nulificabilidade** fundamento em razões de índole constitucional, também, ou seja, numa **teoria do constitucionalismo discursivo** (vide Alexy, nota supra, p. 155).

A **três**, a concessão mais liberdade ao desenvolvimento pleno das potencialidades racionais da **jurisdição constitucional** propiciaria mais rapidamente o surgimento de uma dogmática de sustentação à **teoria da nulificabilidade**, parte integrante essencial daquela, como requer a Ciência Jurídica, porque a Teoria do Direito até hoje não pode responder com uma fórmula geral, a questão sobre qual o limite que separa o ato nulo **a priori**, de uma lei fictícia (lei inexistente, pseudolei), de um ato legal vicioso, mas válido, enfim, de uma lei inconstitucional.

Apesar de não existir, ainda, uma construção doutrinária abstrata sobre a restrição dos efeitos da nulidade no controle de normas, a qual tem sido obtida pela teoria da argumentação jurídica, em um discurso prático-racional e em relação a cada caso isolado que se apresenta para julgamento, é lícito sustentarmos, não sem sérias contestações, que a doutrina da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou **ex nunc** e **pro futuro**, da **nulificabilidade**, foi absorvida como diretriz para a prática do controle de normas no Direito Constitucional brasileiro.

⁴²³ Cf. ALEXY, *Constitucionalismo...*, p. 10.

Com isso, vai respondida a questão posta no título deste sub-item (**8.5 Princípio da nulidade como Norma Constitucional Imanente?**): Entendemos, com o máximo respeito aos doutrinadores de escol que a defendem, ser equivocada a asserção de que a **nulidade *ipso jure* e *ab initio*** deva ser considerada princípio imanente de hierarquia constitucional em nosso sistema de controle de normas.

Embora a **nulificabilidade** não esteja inserta em uma norma que confira, individualmente, **direitos fundamentais**, ou esteja assegurada como **direito subjetivo constitucional**, não é dado ignorar que sua doutrina constitui-se em **razões** que indicam uma **direção**, razões essas, que podem ser deslocadas por outras razões em sentido oposto, dependendo da conclusão de um **procedimento prévio**, que tem por objeto a nulidade do ato, ensejando, dessa maneira, a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, de forma vinculativa aos Órgãos estatais.

A **nulificabilidade** cumpre a finalidade de dar juridicidade às funções estatais. A garantia de proteção da Constituição somente existe quando a cassação de normas gerais, que não satisfazem as condições mínimas prescritas jurídico-positivamente para a validade do ato, é fixada **sob a forma de fundamentos vinculativos** da concepção sustentada pela instância de cassação. Essa instância desfruta de respeito devido à sua posição de **autoridade jurisdicional independente** e impõe uma certa limitação à independência e autonomia normativa daquela autoridade cujo ato inconstitucional foi cassado (**princípio da separação de poderes**). Para isso, o ato vicioso geral poderá deixar de ser eficaz somente ***pro futuro***; limitar-se a determinados casos particulares; ou que os efeitos da decisão tenham uma data para atuarem, fixada posteriormente ao trânsito em julgado; ou as circunstâncias determinarem uma cassação com efeitos retroativos máximos (caso limite da nulificabilidade), enfim, sob a forma de atos sentenciais **constitutivos**, é exercitada a **função do legislador negativo** e protegida judicialmente a Constituição.

Nessas condições, é possível afirmar que as **fórmulas decisórias alternativas** à opção da **nulidade radical**, encontram justificativa teórica de forma plena na **doutrina da nulificabilidade** e constituem-se soluções com amparo jurídico-normativo ordenadas à **persecução de interesses da comunidade**, nada impedindo que o tribunal constitucional (no Brasil, o STF exerceria essa função) utilize essa concepção de **jurisdição constitucional**, oriunda de Kelsen, baseando-se em sua competência para exame e rejeição, realizando o sopesamento de princípios de direito fundamental em colisão, sem necessidade de se afirmar que a **nulificabilidade**, ela própria, como pauta orientadora de interpretação e com fonte de criação de normas gerais de conduta (**legislador**

negativo), definindo deveres e limites para aplicação constitucional, tivesse de estar associada a disposições jusfundamentais para garantir o **fundamental direito de todos à normatividade** da Constituição.

Pelo visto até aqui, já é possível avançar ao próximo item, porque a **teoria da nulificabilidade** conduz a outra incoerência do controle difuso, concernente à consabida, mas incompreensível profusão de **autoridades com competência** jurisdicional para reprovação de normas no sistema difuso brasileiro.

É antinômico permanecer a **competência para exame e rejeição** de norma inconstitucional com o juiz singular, de primeiro grau, prática reiterada desde a adoção da teoria norte-americana, em 1891, mas que, com a inclinação para os sistemas europeus de controle normativo, aflorou o difícil problema da convivência entre dois modelos de controle de normas existentes no direito brasileiro. Para tanto, decisiva será a análise da competência para **rejeição incidental**, na questão constitucional identificada no caso concreto, o que reclamará adequada solução, inclusive no que diz respeito à vinculatividade universal das novas fórmulas decisórias ou técnicas alternativas de decisão⁴²⁴.

⁴²⁴ Cf. Luís Afonso Heck, reiterando-se o que já foi anotado supra, nas notas explicativas do sub-item **8.1**, é possível dizer que no **sistema difuso** pode ocorrer a idéia da **nulidade (alemã)** e a de **nulificabilidade de Kelsen**, podendo **existir simultaneamente**, em um mesmo ordenamento jurídico, pois a declaração de nulidade é somente um **ato declaratório** que, todavia, ganha um certo **significado constitutivo** pelo fato de que, estando a nulidade da lei fixada vinculativo-juridicamente e, com isso, determinante, no plano prático termina-se **no âmbito da nulificabilidade**. Para Heck, o decisivo não é isso, mas isto, **a questão da rejeição**: ou ela é **tacitamente aceita**, quer dizer, sempre somente o caso concreto é decidido e vinculativo para todos os particulares e poderes estatais, devendo ser suposto que em todos os casos análogos formar-se-ia a mesma decisão (refre H. Von Holst, citado por BARBOSA, **A constituição...**, p. 239, nota 325); ou ela é **vinculativa** (§ 31, alíneas 1 e 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão). Foram resumidas as conclusões de Heck produzidas no artigo ainda não-publicado (**HECK, A nulificabilidade...**).

9 UNIDADE NORMATIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

O conjunto sistemático de todas as normas singulares que compõem a ordem fundamental da coletividade, ou seja, que compõem o sistema unitário de normas do ordenamento jurídico-constitucional, há que se basear na **unidade** e **generalidade** de seus conceitos comuns, critérios e princípios gerais. Essa **unidade**, para o positivismo científico (entendido este, com apoio em Norberto Bobbio, como o **método** utilizado para fazer ciência jurídica ou teoria do direito⁴²⁵), há que ser dotada de **coerência e consistência**. Um sistema normativo é **consistente** se ele não mostra nenhuma contradição lógica e **coerente** quando é formado por relações do tipo que criem conexões positivas tão fortes quanto possível entre os elementos do sistema. Essas conexões positivas são relações de fundamentação jurídica apoiadas em discursos que decorrem de um consenso de racionalidade prática. Para que um sistema de direito tão coerente quanto possível satisfaça aos postulados da **universalidade** e da **generalidade** deve haver a remoção das contradições nele contidas e caracterizar-se pela **completitude**, com a necessidade do preenchimento ou colmatação de lacunas identificadas no todo orgânico formado pelo complexo de fontes que se destinam às soluções das questões que se apresentam no campo do Direito Constitucional pátrio.⁴²⁶

Enterría define o princípio da unidade da ordem jurídica (*Einheit der Rechtsordnung*) assim:

⁴²⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e Rodrigues. São Paulo:Ícone, 1995, p. 198, p. 200, p. 202. O autor analisa o positivismo jurídico sob três aspectos: a) como método para o estudo do direito; b) como teoria do direito; c) como ideologia do direito. O método positivista é pura e simplesmente o método científico, de descrição avaliatória da realidade, sendo o método de necessária adoção se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito. Esclarece, ainda, o autor que o direito é um sistema unitário de normas. Para o jusnaturalismo a unidade é substancial ou material (conteúdo das normas). Para o positivismo a unidade é **formal** (BOBBIO, p. 199), ou seja, relativa ao modo pelo qual as normas são postas, um sistema internormativo e de mera exigência lógica ao modo Kelseniano.

⁴²⁶ Relativamente ao termo “**sistema**”, reiteramos aqui a adoção da idéia contida no verbete respectivo do ABBAGNANO, **Dicionário...**, supra, item **6 (O Modo de Efetivação do Controle pelo Poder Judiciário)**. A expressão **sistema** também deve ser vista como Luís Afonso Heck esclareceu : “...é entendido no plano jurídico, e precisamente, dogmático, isto é, capaz de admitir pretensões de correção/verdade (para isso Alexy, R. (nota 28), S. 34, 264 ff., 351 f.; p. 36, 208 e ss, 274 e ss) [...], não no sociológico como em Luhmann [e outros], que sacrifica o objetivo da correção ao objetivo da eficiência da função [...], porque olha somente a decisão como produto do procedimento, mas não a lei, na qual a decisão apóia-se normativamente, ele, no fundo, despreza os elementos normativos. Ele também desliga a questão da aceitação. A ele o direito parece um sistema auto-suficiente que não se comunica com o ambiente [...]” (HECK, Apresentação, p. 24-25). Baseamo-nos, também, nos conceitos e definições de ALEXY, **Constitucionalismo...**, p. 14-15 e p. 118-130, valendo destacar: “Para expor a contribuição da coerência para a racionalidade prática, pode ser perguntado em que consiste a diferença entre uma fundamentação jurídica, que se apóia em um sistema tão coerente quanto possível, e uma tal fundamentação, que renuncia a cada relacionamento com o sistema. Uma fundamentação jurídica que, nem sequer, uma vez, implicitamente, diz respeito a um sistema é uma fundamentação-ad hoc. Ela não satisfaz aos postulados da

Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante⁴²⁷

Se tomarmos a estrutura dogmática da jurisdição constitucional como direito fundamental, destacando-se os princípios e valores que estão por detrás da positivação constitucional e infraconstitucional, além da evolução jurisprudencial do STF, verificamos que a complexidade e multiplicidade de nosso modelo ressepte-se da possibilidade (de confirmação/comprovação) de seu preenchimento sistemático, não confirmando, nem comprovando, dessa forma, sua compreensão como **unidade**.⁴²⁸

Consideramos, no estágio em que se encontra nosso sistema difuso de controle de normativo, que tem grande importância a seguinte reflexão: Deve ser posto sob questionamento a aceitação de que o **juiz singular** seja investido, **simultaneamente**, na **competência para rejeitar normas**, quando exercita a verificação da compatibilidade constitucional de uma norma jurídica que está na base de um caso concreto, ou seja, quando exerce sua **competência para exame** de qualquer lei ou ato normativo, de cuja aplicação dependa o julgamento do objeto da lide principal. Ora, se realiza um juízo de **controle ou de rejeição** em relação à norma impugnada, já dissemos antes (item **5 A Forma Brasileira de Controle Normativo**), desempenha, individualmente, o papel de **Juiz Constitucional monocrático**, exercendo, pois, um poder como legislador (negativo) inerente a sua função criadora e aplicadora (juízes entendidos como pequenos Tribunais Constitucionais).

Mais, porque se trata de uma apreciação jurisdicional reveladora do conteúdo da Constituição, portanto, também atividade concretizadora de seus princípios e diretivas tal qual a do legislador Constituinte, deveriam suas decisões **vincular, obrigatoriamente, o Legislador e os demais Poderes - princípio da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais tem *status constitucional* – postulado implícito.**

Vale lembrar que, na Alemanha, nos termos dos arts. 1º, alínea 3 (“os direitos fundamentais seguintes vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito diretamente vigente”) e

universalidade e da generalidade e, com isso, às exigências elementares de justiça. Vale a proposição: a justiça exige a instalação da fundamentação jurídica em um sistema tão coerente quanto possível(...)” (p. 129).

⁴²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, **La constitucion...**, p. 97.

⁴²⁸ ALEXY, **Direitos...**, p. 68.

20, alínea 3, da Lei Fundamental de Bonn (“a legislação está vinculada à ordem constitucional, o poder executivo e a jurisdição à lei e ao direito”), existe vinculação à decisão da autoridade competente direcionando a tomada das medidas cabíveis para a cessação da quebra da homogeneidade e unidade da ordem jurídica, ameaçada pela existência de corpo normativo estranho e incompatível com o sistema orgânico constitucional.⁴²⁹ Também a concretização da vinculação do legislador à ordem constitucional vem expressa no § 31, nº 1 e 2, da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que confere **força de lei (*Gesetzeskraft*) e efeito vinculante (*Bindungswirkung*)** às decisões do Tribunal Constitucional.⁴³⁰ Trata-se da garantia do Estado de Direito e da vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental daquele País.

Pois bem, no Brasil, *mutatis mutandis*, como fica a situação em relação ao próprio órgão legislativo federal, por exemplo, diante da decisão irrecorrida de qualquer **juiz singular estadual** que realiza **o controle ou rejeição** da norma de competência da União ou das outras esferas federativas porque julgou-as incompatíveis com a Constituição Federal, levando-se em conta que, de acordo com os princípios vigorantes no sistema de controle, dada a seriedade que se lhes deve ser conferida, o cidadão comum está dispensado de cumprir e os órgãos estatais estão também impedidos de aplicar a disposição violadora da Constituição, porque **vinculados** pelo princípio do Estado de Direito (art. 1º, CF); pela vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF); pela proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º, CF), bem como, pelo processo especial de revisão constitucional (art. 60, CF)? E mais, se o órgão judicial monocrático concretiza a Constituição materialmente, o que fazer quando, de forma definitiva, **limita o conteúdo liberdades jurídico-constitucionais garantidas**, fora dos limites traçados na Constituição Federal, sob justificativa de interpretá-la e aplicá-la? De salientar que a decisão, nesse caso, poderá ficar imune à comprovação, em novo exame, pelo guardião da

⁴²⁹ Para Robert Alexy, em palestra proferida em Würzburg, em 04.10.2001, na Jornada dos Professores de Direito do Estado, com trad. Prof. Dr. Luís Afonso Heck (RT 809/55-6, MAR/2003), os problemas da relação entre direito constitucional e direito ordinário, entre jurisdição constitucional e jurisdição especializada são determinados por fatores qualificados como a **força de validade formal e densidade de normalização material da Constituição**, surgindo sérios problemas quando esta densidade de normalização é indeterminável ou liberada de limites, sendo que os direitos fundamentais vinculam todos os três poderes **constituindo-se tal vinculação em verdadeiro princípio constitucional**, referindo aquele autor que: “Se os direitos fundamentais vinculam todos os três poderes e também são princípios, então eles vinculam também todos os três poderes como princípios [...]”

⁴³⁰ Vide item **6.2.4.1 (Natureza Jurídica da Resolução do Senado)** e tradução do texto dos dispositivos citados, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, em HECK, Luís Afonso. **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado. Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 84.

Constituição (STF), por motivos processuais tais como a perda de prazo recursal, inadmissão de recurso excepcional, trânsito em julgado de decisão irrecorrida, etc?

O conjunto protetivo dos dispositivos citados, configura o **princípio da supremacia da ordem constitucional sobre a lei**, amplamente acolhido em nossa dogmática constitucional. Se esse princípio essencial deriva do caráter rígido de que se revestem as normas da Constituição Federal, bastaria que um Órgão judicial de primeiro grau (ex: juiz singular: juiz de direito, juiz federal, juiz do trabalho, juiz militar, pretor, juiz de Turma ou Conselho Recursal dos Juizados Especiais, etc.) tivesse sua decisão transitada em julgado, para que, **numa relação vertical invertida**, a força vinculante passasse a produzir conseqüências normativas. É nítida, pois, a falta de **coordenação funcional**, comprometendo, sem dúvida, a concepção que se deve ter de **unidade normativa da Constituição**.

Ora, sendo a Constituição um elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, na ensinança de Konrad Hesse, ela necessita ser compreendida de forma completa e interpretada de forma exata, o que ocorrerá somente se ela for entendida, nesse sentido, como **unidade normativa**, o que não acontecerá se a decisão de questões abertas puder ser realizada, em seu conteúdo, por órgãos cujo âmbito da tarefa não é determinado como de **jurisdição especial, ou uma instância central suprema**.

A hipótese versada não passou despercebida por Luís Afonso Heck, em pequeno artigo doutrinário, de importância inestimável para a temática ora versada, que não vem recebendo merecida reflexão e aprofundamento pelos constitucionalistas brasileiros. Heck partiu do relevante e inovador fato normativo de que a Constituição de 1988 conferiu expressamente a tarefa de **guarda da Constituição** ao STF, observando que:

Essa tarefa constitucionalmente dada ao STF torna duvidosa, em fundamentos jurídico-constitucionais, ou seja, na conservação funcional da separação dos Poderes, que também é um fator essencial no âmbito da **unidade normativa da Constituição**, a manutenção da competência para a rejeição no controle difuso, fora do âmbito da competência do STF. A guarda da Constituição significa também situar o tribunal competente para tal no mesmo plano constitucional em que se encontra o legislador, isto é, atribuir ao tribunal a qualidade de órgão constitucional (ver sobre isso, Luís Afonso Heck, **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**, Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 101 et seq.; Konrad Hesse, **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 422 et seq., nota 566 et seq., p. 487 et seq., nota 669 et seq.) Essa equiparação jurídico-constitucional torna, portanto, duvidosa a subordinação do legislador à competência para a rejeição de outros juízes que não pertencem ao tribunal. Dito de outro modo: a conservação da competência funcional dos Poderes exige que a competência funcional do legislador esteja em uma

relação horizontal com a competência funcional do tribunal competente para a guarda da Constituição e não em uma **relação vertical invertida** com a competência de juízes não-pertencentes ao tribunal, que se manifesta na medida em que a eles é atribuída **não só a competência, necessária para o exame, mas, também, a competência para a rejeição**. E não por último: se se parte da concepção segundo a qual a idéia Kelseniana de legislador negativo significa uma intervenção na atividade do legislador e, portanto, uma perturbação na relação “harmônica” entre os Poderes, está em questão não somente o “como”, mas também o “quem”. A **relação vertical invertida** mencionada deveria, então, agravar essa concepção, uma vez que, primeiro o “como” não tem força de lei, porém, na prática, é uma legislação negativa para o caso concreto, sem a conseqüência, fundamental, da **comprovação da unidade normativa da Constituição**, devido à competência para rejeição descentralizada e, segundo, o “quem” pressupõe, pelo menos, o monopólio da competência para a rejeição, o que não é o caso da **relação vertical invertida** (isso, porém, até onde se pode ver, não foi considerado na PEC 29 de 2000). Nessa conexão, não é demais acentuar que a fórmula de Kelsen permite a fundamental **conciliação entre o objeto do conhecimento, a Constituição, e a autoridade competente para a manifestação vinculativa** de tal conhecimento, o tribunal competente para a guarda da Constituição. Outra coisa é a atribuição da tarefa para o conhecimento da Constituição, pressuposto da sua interpretação e aplicação, tal como resulta da situação constitucional da Alemanha, que também pode ser aplicável à brasileira [...].⁴³¹ (grifamos).

No Direito brasileiro a constatação da inconstitucionalidade tem como conseqüência a suspensão da aplicação de todo o complexo normativo questionado, emprestando à declaração judicial, **no controle concentrado e abstrato, autoridade normativa** à decisão, ficando o cidadão desobrigado de prestar obediência à norma ou impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio, porque ilegítima.

Em nosso **controle difuso de normas**, por conseqüência, dada a medida de jurisdição outorgada a qualquer juiz singular de primeira instância, a mesma autoridade normativa que é dada no controle concentrado, deveria ser inerente ao ato decisório do julgador de jurisdição comum, que também cuida da interpretação e concretização da Constituição, dado que a opção político-legislativa **não é a do monopólio (negativo) para reprovação** de normas. Portanto, o argumento extremo sugerido serve apenas para demonstrar que além de equivocada a manutenção da competência para rejeição no controle difuso, foi também incoerente.

Duas ordens de problemas emanam dessa situação:

a) se não é conferida ao juiz monocrático de primeira instância, no exercício não colegiado da competência para jurisdição constitucional, **autoridade normativa** à sentença esclarecendo questão constitucional de sua lavra, com força vinculante aos demais Órgãos da Administração, Legislador e demais cidadãos, impondo obediência ou aplicação do comando decretado, a

⁴³¹ HECK, O controle..., p. 61-62.

inferência lógica é de que **também não ocorrerá proteção à Constituição**⁴³² pela ausência de submissão aos seus critérios jurisdicionais de decisão. Recordemos que, na concepção de Hans Kelsen, cuja teorização buscamos aproximação, como visto supra, o problema da nulidade dos atos diz respeito à **garantia da Constituição** e somente o direito positivo (Constituição) pode dizer a qual **autoridade** cabe a decisão sobre a solução a ser dada a um ato que sai da esfera da **nulidade** e ingressa na da **nulificabilidade**;

b) se aceitarmos a competência jurídico-funcional de **legislador negativo** ao juiz singular, tal significa intervenção na atividade do legislador democrático nacional (caso contrário haveria redução de importância da garantia que se deve dar o sistema de jurisdição constitucional).⁴³³ Portanto, haveria uma perturbação na relação “harmônica” entre os Poderes (perturbação na conservação da competência funcional dos Poderes), conforme apontou Luís Afonso Heck, na citação do artigo retro, sobre o controle normativo no Direito Constitucional brasileiro. Ocorreria a **relação vertical invertida mencionada**, havendo, nessas condições, o desajustamento inconciliável entre o **objeto do conhecimento**, a Constituição, e a **autoridade competente** para a manifestação vinculativa de tal conhecimento. Como não há o **monopólio para a rejeição** por um tribunal constitucional (especial) e, na distribuição de tarefas constitucionais, tanto o juiz ordinário como o tribunal profissional possuem circunscrição positiva de competência para a guarda da Constituição, teríamos um dos guardas com a qualidade de legislador constitucional negativo, para o caso concreto (Kelsen), mas cuja sentença não tem força de lei (nem eficácia vinculativa *erga omnes* de seu conteúdo), comprometendo, por absoluta falta de coordenação de funções e de órgãos especiais, a consequência fundamental que é a comprovação da **unidade normativa da Constituição**. Sob esse aspecto, aponta Hartmut Maurer que:

A finalidade do monopólio da rejeição é a proteção do dador de leis parlamentar. Deve ser impedido que cada tribunal particular passe por alto da vontade do dador de leis e recuse aplicação a uma lei no caso concreto por causa de anticonstitucionalidade e nulidade

⁴³² KELSEN, *Jurisdição...*, p. 142.

⁴³³ Cf. ALEXY, *Constitucionalismo...*, p. 62: “A questão mais importante para cada catálogo de direitos fundamentais é se nos direitos fundamentais trata-se de normas juridicamente vinculativas ou não. O conceito de vinculação jurídica é determinado diferentemente na doutrina do direito geral. Em um sistema jurídico que conhece a **divisão de poderes** e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala em favor disto, de designar como “juridicamente vinculativas” somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, por um tribunal pode ser comprovada, que, portanto, são **justiciáveis**. É ideal, quando esta comprovação, em última instância, é deixada a cargo de um tribunal constitucional, porém, também possível que ela caiba somente na competência dos tribunais especializados. Normas de direitos fundamentais, cuja violação não pode ser comprovada por nenhum tribunal têm, pelo contrário, um caráter não-justiciável e são, sob esse aspecto, vinculativas não juridicamente, mas, no máximo, moral ou politicamente. Elas são meras proposições programáticas ou, se se quer formular polemicamente, mera lírica constitucional”. Com algumas alterações em relação ao texto citado, pode ser consultado ALEXY, *Direitos fundamentais...*, p. 73.

pretendidas. Ao lado disso, desempenham um papel os pontos de vista da certeza jurídica e da unidade jurídica, que podem ser alcançados pelo monopólio de rejeição do Tribunal Constitucional Federal [mutatis mutandis, aduzimos nós, o mesmo se poderia dizer para o aprimoramento do sistema no Brasil].⁴³⁴

Com isso, limita-se a Constituição na sua capacidade de manter a **validade real**, ou seja, possibilidade de realização de seus **conteúdos** para cumprir sua função reguladora da realidade da vida histórica, da ordem vivida (**vigência fática**), enfim, fica restrita a sua **força normativa** de tornar obrigatórios os resultados da concretização das normas constitucionais, pois deslocada do foro competente ideal.⁴³⁵

Nessa senda, observa Luís Afonso Heck que a **unidade interna** é a base de qualquer ordem jurídica e quando valorações de setores jurídicos individuais dessa ordem entram em contradição, reciprocamente, há a necessidade da eliminação dessas contradições. A Constituição produz os pressupostos de criação, validade e realização das normas da ordem jurídica restante, determinando, em grande parte, seu conteúdo.⁴³⁶ Por conseqüência o exame da lei em sua compatibilidade ou incompatibilidade com a Constituição depende de que, como elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, sejam excluídos da jurisdição constitucional material o poder jurídico-funcional de concretização situado fora do tribunal encarregado da guarda dessa mesma ordem fundamental estatal-jurídica.

⁴³⁴ MAURER, A revisão...

⁴³⁵ HESSE, **Elementos...**, números de margem 41 a 47, p. 45-51.

⁴³⁶ Cf. HECK, Apresentação, nota 5 e p. 11-12. No artigo que reiteradamente referimos aqui e que está no “prelo”, Heck destaca parecer que o sentido e a função que a **unidade normativa** desempenha na manutenção da Constituição, são ignorados por aqueles que insistem em modificá-la. Em conexão com isso está que a questão sobre a **rigidez**, ou sobre a **mobilidade** da Constituição, não é questão de uma alternativa, mas de uma questão da **coordenação exata** desses elementos, citando HESSE, **Elementos...**, p.45, números de margem 36 e seguintes), consignando que: “Uma centralização do poder de examinar normas gerais em sua juridicidade deve, em todos os sentidos, ser justificada.”(HECK, **A nulificabilidade...**, Nota de pé de página número 37).

CONCLUSÃO

O fundamento teórico-dogmático para o controle de constitucionalidade no Brasil, originou-se, exclusivamente, do modelo norte-americano (*common law*), edificando-se como controle difuso de normas, por inteiro, sob suas bases jurídico-filosófico-políticas, na Constituição de 1891.

Sem embargo, com a evolução do constitucionalismo brasileiro, a partir da Constituição de 1934, onde, pela primeira vez, cogitou-se de uma **representação interventiva** (art. 34, § 2º, Constituição de 1934), forma embrionária para controle concentrado, direto e abstrato da constitucionalidade das normas, o constituinte e a doutrina nacional não construíram cientificamente adaptações, nem positivaram institutos jurídicos necessários para o correto funcionamento do chamado **sistema misto de jurisdição constitucional**.⁴³⁷

Uma vez absorvidas as linhas fundamentais da sistematização do modelo austríaco de controle concentrado, cuja base teórica inspira-se no jurista de maior importância para o Direito no século XX, Hans Kelsen (vide Áustria, 1920; Alemanha, 1949; Itália, 1948, com a Corte Constitucional instituída em 1956; Espanha, 1931 e 1978 e Portugal, 1976, com a Comissão Constitucional transformada no Tribunal Constitucional em 1982), passou a ser insuficiente e inadequado o modo de funcionamento de nosso controle difuso no modelo originalmente concebido, afirmando Gilmar Ferreira Mendes a obsolescência de seus mecanismos de **coordenação** entre Poderes (suspensão da execução pelo Senado Federal, art. 52, X, CF). Sucede que, mesmo diante do controle de normas no caso concreto, bastaria que se revisassem (*constitutio ferenda*) as categorias dogmático-analíticas formuladas à luz do *common law*, para o controle da validade de normas, nomeadamente, das **competências constitucionais para exame e rejeição** e facilmente se contornariam as dificuldades que colocam em risco a **unidade normativa da Constituição**.

⁴³⁷ Vide item 6.0 (O Modo de Efetivação do Controle pelo Poder Judiciário) e 6.2 (Controle Difuso).

A questão colocada no início deste trabalho (**introdução**) encontra, destarte, comprovação, na medida em que identificados pontos de permanente tensionamento que comprometem o funcionamento harmônico do denominado **sistema misto de controle de normas**, entre nós.

Tanto quando são utilizadas, no controle difuso, técnicas de decisão e interpretação desenvolvidas pelo STF (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99), como quando modulados os graus e o alcance das decisões no tempo (art. 27, *caput*, da Lei 9.868/99 – “eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado”), o sistema vigente de coordenação e conservação funcional entre os poderes, com a reserva de **competência constitucional privativa** ao Senado Federal para **suspender a execução de lei ou ato normativo** (art. 52, X, CF), mostra-se, de fato, insuficiente e inadequado para cumprir essa tarefa à luz dos desenvolvimentos alcançados pela moderna Teoria da Constituição, comprometendo a máxima efetividade que se possa extrair da interpretação das normas constitucionais, normas essas formadoras de um sistema integrado que encontra justificativa em uma decisão fundamental do constituinte (seu fundamento de validade), sendo que tais proposições normativas não devem ser meras exortações morais ou declarações de princípios a serem implementados no futuro, em última análise, comprometendo um dos mais importantes princípios constitucionais que é o **princípio da unidade da Constituição**, abordado como item de encerramento deste trabalho.

O Senado Federal é órgão do Poder Legislativo que exerce **competência funcional privativa** em nosso complexo sistema de jurisdição constitucional e sua atuação não pode ser reduzida apenas como de natureza **política**. As decisões adotadas pelo Senado Federal, são parte do sistema de medidas técnico-jurídicas que tem a finalidade de garantir a juridicidade das funções estatais (as funções estatais têm caráter jurídico e se apresentam como atos jurídicos). A tarefa do Senado Federal iguala-se, em seus efeitos, com a atividade do **legislador negativo**, no sentido concebido por Kelsen, porque retira a eficácia ou executoriedade da lei ou ato inconstitucional em relação a todos (execução de sinal trocado – negativo - *actus contrarius* com força de lei), da mesma forma com que a conduta devida é posta universalmente pelo **legislador positivo**, para ser executada como norma geral. As duas funções estatais têm **caráter jurídico**, mas o **ato jurídico da resolução senatorial** apresenta-se em uma medida maior como ato de aplicação da Constituição, logo, função parecida com a de qualquer outro tribunal em geral – decisão que cassa a eficácia de uma lei com o mesmo caráter geral da promulgação de uma lei. A reserva constitucional dessa função elimina qualquer outra competência que pudesse existir na mesma faixa de atuação, por essa razão devem ser vistas com reserva as práticas da jurisprudência constitucional do STF que aponta a

irrelevância da função do Órgão do Congresso no controle difuso de normas. Na Alemanha, por exemplo, a concentração do controle da legislação e das questões constitucionais ficam a cargo do “*Bundesverfassungsgericht*” (Tribunal Constitucional Federal), que **elimina o poder de rejeição dos outros tribunais**. Isso bem demonstra a necessidade de aperfeiçoamento do controle difuso, no que se refere à harmonização e coerência entre o “como” é exercido o controle normativo e o “quem” detém essa autoridade, onde vai problematizado pela competência para rejeição descentralizada.

Apesar do entrave que a norma do tipo “regra jurídica” do art. 52, inciso X, da CF, representa, não podemos olvidar que quando o STF, no controle difuso de constitucionalidade, com base no art. 27, da Lei nº 9.868/99, impõe **efeito vinculante** e a **transcendência dos fundamentos jurídicos** das suas decisões em casos particulares (amplia os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada), independentemente de serem levadas ao colegiado parlamentar, em verdade, está **suprimindo, implicitamente, a competência constitucional do Senado Federal para suspensão da execução de atos inválidos com eficácia erga omnes** (art. 52, X, CF), atingindo-se, de certa forma, aí sim, a **força normativa da Constituição**, porque a finalidade e o papel do Senado Federal é dar **garantia para a juridicidade** do ato fixado na decisão do STF como ato antijurídico (inconstitucional).

Não serve, em nossa opinião, a solução científica de acomodação alvitada por Gilmar Ferreira Mendes, de que aquele enunciado normativo deve ser entendido como servível apenas para efeitos de **publicização** da decisão do STF e que se verifica típico caso de **mutação constitucional** (para Raul Machado Horta, a reforma da Constituição pode dar-se por emenda, revisão ou mutação). Com apoio nas lições de Konrad Hesse, mais caracterizaria um caso de **rompimento constitucional**, haja vista que houve desvio da literalidade positiva do texto constitucional, para atendimento de casos particulares, quando a estrutura da norma constitucional não comportava interpretação de cunho suprapositivo ou principiológico. Sem embargo, não fica descartada uma interpretação possível para admitir-se somente o poder de o STF fixar comando de direito fundamental a título de **regra de organização e procedimento**,⁴³⁸ assinando **prazo razoável** para o pronunciamento do Senado Federal, nos casos de declaração de inconstitucionalidade **ab initio** e **ex tunc**, onde se aplica **in totum** a doutrina da **absoluta e retroativa nulidade** e para os casos em que

⁴³⁸ Vimos, supra, com HESSE, **Elementos...**, p. 43, p. 122-123 e 161, direitos de ter parte, p. 288; ALEXY, **Teoría de los...**, p. 454-482. Segundo o autor, os **direitos procedimentais**, poderiam ser “derechos a una determinada ‘interpretación y aplicación concreta’ de normas procedimentales [...]” (Ibidem, p. 458).

a jurisprudência já está pacificada (unanimidade dos Ministros do STF), já que nessa hipótese, pela relevância jurídica, existiria o **dever à ação resolutiva**. O Senado Federal pode negar Resolução quanto a temas de jurisprudência vacilante, não-remansosa (maioria escassa). Os direitos procedimentais iriam até o limite da exigência de pronunciamento expresso sobre a suspensão da execução, ou não, do ato normativo julgado definitivamente viciado, **em prazo razoável**, e nas hipóteses de nulidade *ipso jure* (plena) e inconstitucionalidade (**efeitos eliminatórios absolutos e retroativos**). Depende, porém, de regulamentação procedimental vinculativa futura, as técnicas de decisão (**fórmulas decisórias**) que não são abrangidas pelo **âmbito da norma** do art. 52, X, da CF, de *lege ferenda*. Conclusão que impende disso é que o Senado Federal não está a cavaleiro da Constituição, pelo contrário, está vinculado à sua **normatividade** e à concretização de suas diretrizes, por isso sua atuação não é puramente discricionária. Essa solução somente reforça a questão posta no início de que o controle difuso, na forma como está positivado em nosso sistema jurídico-constitucional, está recheado de imperfeições, possui déficit de qualidade legislativa e não cumpre satisfatoriamente seu desiderato.

Outrossim, a hipótese de trabalho eleita também comprovou que é possível sustentar-se a fragilidade do enunciado científico de que a **teoria da nulidade** tenha **hierarquia e fundamento constitucionais**, infirmando o dogma sustentado, até hoje, pela maioria da doutrina constitucionalista do País. Aplica-se, aqui, o que foi sustentado na **introdução** deste trabalho, no sentido da substituição da “teoria velha”, insuficiente, pela “teoria nova”, pelo menos nova em relação à qualidade esperada de uma prática científica que forneça critérios para solução de múltiplas hipóteses de decisões que a jurisdição constitucional exige hoje.

Evidencia-se a inclinação da doutrina brasileira para outra matriz teórica acerca da natureza jurídica do ato inconstitucional, cujos efeitos seriam a **nulificabilidade**, abandonando-se as bases teórico-doutrinárias norte-americanas. Como dito antes, essa tendência tem inspiração na Constituição da Áustria e na concepção predominante em suas linhas fundamentais de sistematização, que optou por atribuir efeito **ex tunc, excepcionalmente**, dependendo da repercussão que a decisão de inconstitucionalidade terá no caso concreto. O poder de o Tribunal organizar os efeitos temporários de suas decisões, está fundado sob o fato de que a **nulificabilidade** de uma lei é, do ponto de vista formal, uma função legislativa, razão pela qual Kelsen qualificou a Corte Constitucional austríaca como **legislador negativo**.

As novas fórmulas decisórias de controle e interpretação desenvolvidas pelo STF, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, agora positivadas no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, infirmam a proposição de que a **teoria da nulidade *ab initio*** da lei inconstitucional (*void ab initio theory*) tenha *status* de **princípio constitucional** porque, se com as técnicas de decisão podemos extrair todas as possibilidades normativas em relação ao desaparecimento do ato irregular, comportando, na verdade, “vários graus”, seja quanto ao seu alcance no tempo (âmbito temporal), seja quanto aos efeitos do *decisum* (âmbito material), então a teoria de que “*an unconstitutional act is not law*” e de que os efeitos da nulidade são *ex tunc (ab initio)* e *ipso jure*, não mais poderá servir como **princípio imanente** ou diretiva não-escrita a explicitar o conteúdo das decisões que concretizam a Constituição. Reitera-se a mudança de paradigma do sistema, com o que, também, a **teoria da nulificabilidade**, de Kelsen, mostrou-se mais adequada para o trato da questão, porque tendo o direito positivo regulado os limites do poder de examinar qualquer ato que se pretenda como jurídico e o poder de decidir sobre sua regularidade, indicando a instância competente, o ato que sofra de um vício jurídico qualquer não poderá ser considerado nulo de antemão, mas somente **nulificável (anulável)**. Essas boas razões são as mais convincentes para que se adote a **teoria da nulificabilidade como nova diretriz** decorrente da evolução do sistema de jurisdição constitucional vigente. Até porque a **nulificabilidade**, para Kelsen, é trabalhada constitutivamente, no plano da aplicação da Constituição, onde joga papel importante a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, enquanto que a **nulidade**, para os norte-americanos, é vista como indissociada do princípio da Supremacia da Constituição, com a idéia da impossibilidade de convivência de uma lei inconstitucional com a Constituição, porque o vício preexistente somente deve ser declarado (*ab origine*).

Os mesmos motivos que levaram à conclusão anterior, se aplicam em relação às situações que decorrem do artigo 27, da Lei nº 9.868/99, apesar de se sustentar a permanência da **teoria da nulidade *ab initio***, nas hipóteses que não sejam as exceções de **segurança jurídica** e **interesse social**. É apenas digno de nota que, apesar de todas as mutações e a insuficiência da “teoria velha”, o legislador ordinário se manteve fiel à *judicial review* ao prefixar, como regra geral para o sistema, a nulidade *ipso jure* e *ex tunc*, aceitando a **doutrina da limitação de efeitos** apenas como exceção à regra geral.

A adoção da **teoria da nulificabilidade** também repercute no modelo difuso, seja quanto à compatibilidade com a doutrina da limitação de efeitos, seja porque somente reforça a necessidade

da concentração dos julgamentos de inconstitucionalidade em uma **instância central extrema** ou em apenas um órgão especial de controle (**competência suprema para rejeição**), denotando as vantagens do **monopólio de decisão negativo** para a **unidade normativa da Constituição**.

Por isso, afirma Kelsen não ser possível sustentar-se que um ato é **nulo** sem que se responda a questão sobre **quem tem competência** para estabelecer tal **nulidade**. No controle difuso, o processo pelo qual uma lei é declarada inconstitucional tem como órgão competente para **rejeição** o **juiz singular (de primeira instância)**. O objetivo principal do processo (objeto do litígio) não é a revisão judicial da legislação e o estabelecimento se a lei é ou não **válida** (constitucional) ocorre como questão prejudicial em um procedimento com outro objeto. Apenas a violação de interesse de parte (objeto principal do litígio) pode colocar em movimento o procedimento de revisão da legislação no controle difuso. Logo, questões como a dos efeitos da lei inconstitucional podem receber respostas contraditórias na profusão de juízes e tribunais espalhados pelo País, o que representa uma **incerteza jurídica** e um perigo para a **garantia da normatividade da própria Constituição**. Kelsen ressalta que a **centralização do poder de examinar** a regularidade ou validade da norma se justifica sob todos os aspectos. Permitir-se, no sistema de jurisdição constitucional difusa, a **competência para rejeição** fora de uma instância central específica, mantendo-se-a nas mãos de órgãos que não integram aquele tribunal extremo, como o caso do juiz ordinário singular, significa meio juridicamente imperfeito de assegurar a constitucionalidade da legislação, pois esta encarna um **interesse público** e não pode coincidir com **interesses privados**, como geralmente ocorre quando estão em jogo as pretensões particulares das partes envolvidas em um processo subjetivo, dependendo, isso sim, de um processo objetivo especial.

Adotando-se a **teoria da nulificabilidade**, base teórica da Constituição da Áustria em 1920, com a possibilidade de fixação dos “vários graus”, tanto no que concerne ao seu âmbito **temporal** (alcance e efeitos no tempo), como no âmbito **material** (eliminação de efeitos do ato antijurídico só no caso concreto, ou cassação e/ou eliminação da validade de uma norma geral para todos os casos possíveis de sua aplicação), somando-se que a jurisprudência do STF já abriu a possibilidade de aplicação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 ao controle normativo difuso, contudo, existe o risco de o juiz ordinário de primeiro grau atuar como **legislador positivo** e o pior, o magistrado de uma esfera parcial da federação (Estado-membro) sobrepor-se ao legislador democraticamente eleito da União, irreversivelmente. De ver que se a lei anterior não fica reprimada, automaticamente, e se a sentença não o disser, fica livre de regulação, podendo, nesse campo, instalar-se o **poder de criação normativa** do julgador de primeiro grau. O juiz singular pode erigir-se a **legislador positivo** porque

é ele quem vai determinar os efeitos da decisão no caso concreto, vai criar o “*direito de situação*” em substituição à legislação inconstitucional que rejeitou ou deixou de aplicar. O julgador ordinário somente poderá agir dessa forma (se quiser), porque lhe foi conferida pela ordem constitucional competência como **autoridade jurídica**, cuja prerrogativa é deter o **direito ao exame judicial** cumulado e simultâneo à **competência para rejeição** (poder de controle das normas). Tão guardião da Constituição quanto o STF, o juiz singular exercerá o poder constitucional a ele conferido pelo sistema, notadamente, com ampla liberdade criadora de aplicar a Constituição, para o caso concreto, sem a consequência fundamental da unidade da Constituição, decorrente da conciliação entre o **objeto do conhecimento** – a Constituição – e a **autoridade competente** para manifestação vinculativa. A relação com o órgão da comunidade competente para retirada da validade da lei inconstitucional não é horizontal, mas uma **relação vertical invertida** conforme apontou Luís Afonso Heck, *supra*, no item anterior.

Essas anomalias levam ao comprometimento do **princípio da unidade normativa da Constituição** e do bom funcionamento do sistema de controle de compatibilização hierárquico-constitucional de normas, porque se o Poder Estatal não está submetido aos critérios judiciais concretizadores dos direitos fundamentais (cada julgador singular tem competência para concretizar/rejeitar a Constituição segundo sua própria concepção), também não haverá a solidificação dos direitos fundamentais na validade da vida jurídica.

Mais um ingrediente veio somar-se ao controle difuso, que é a **súmula vinculante** introduzida pela EC nº 45/2004, expondo a debate, por exemplo, a prática que o STF vem reiterando de conferir, nos processos *in concreto*, a **transcendência dos fundamentos determinantes com efeitos vinculativos** para outras causas (ampliação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada em questões constitucionais), independente da manifestação do Senado Federal e à margem de regulação legislativa específica, laborando, com isso, em terreno que estaria reservado à própria súmula vinculativa. É preciso dizer que o meio jurídico brasileiro, até o momento, não construiu nenhuma teorização e sistematização da experiência jurídica aludida, ditada pelo STF, fornecendo uma explicação causal ou predição de hipóteses futuras, fornecendo elementos para obtenção de decisões na solução dos problemas. Nem houve qualquer procedimento de pesquisa analítica prévia (conhecimento analítico), ou indicação de um método (saber científico) que, por si só, fosse capaz de determinar o quadro possível do que seja o fenômeno jurídico dos **fundamentos determinantes e sua transcendência** que irão vincular, como fenômeno normativo, a interpretação da norma constitucional, atividade essa, típica da Ciência do Direito. Em nossa

avaliação, esse fenômeno novo verificado na jurisprudência do STF é **assistemático** por falta de maturidade como ciência.

O Direito Constitucional brasileiro ingressa em uma nova fase com o **instituto da súmula vinculante**, mas não ocorre, ao contrário de entendimentos nesse sentido, rompimento com a tradição codicística do *civil law*, fundada no direito positivado em normas. A competência entregue ao Órgão de cúpula da Justiça para edição de súmulas vinculativas, não significa tenha o STF assumido a atividade do dador de leis ou legislador. A diferença entre a função do STF, como tribunal judicial guardião da Constituição, e a do legislador ordinário, na concretização da Constituição, é uma diferença somente **quantitativa, não qualitativa**, onde os dois criam o direito, mas o julgador é menos livre para criar o direito que o legislador, porque mais vinculado que este, materialmente, à moldura da norma geral, quando da obtenção da norma individual no processo de **aplicação da lei**. Não seria, então, pelo substrato teórico-argumentativo do **poder de criação do direito** que a súmula vinculante demarcaria o ingresso de nosso ordenamento jurídico nos sistemas da família do *common law*.

A **súmula vinculante** possui **efeitos jurídico-materiais diretos e indiretos**, bem como **efeitos jurídico-processuais**. Como efeitos jurídico-processuais, a eficácia declarativa vinculatória impede que outros órgãos jurisdicionais e a administração decidam contrariamente à questão constitucional de ocorrência reiterada, após pronunciamento sumular do STF e que essa mesma questão constitucional seja cumprida como conduta devida, valendo sua eficácia executiva. Como efeito jurídico-material direto está a vedação de que as causas sumuladas possam ser rediscutidas, a não ser nas hipóteses de **cancelamento** ou **revisão sumular**, prevista na própria EC nº 45/2004 (artigo 103-A, § 1º e Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, artigo 2º). Como efeito jurídico-material indireto alinha-se o benefício da **previsibilidade, isonomia e estabilidade** das decisões jurisdicionais objeto da súmula vinculante. A Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, com entrada em vigor em três meses após sua publicação, em 20.12.2006, regulamentou, infraconstitucionalmente, e deu plena eficácia ao dispositivo da Emenda nº 45/2004, que introduziu a súmula, valendo referir que o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula terá aplicação subsidiária do RISTF, conforme remissão do artigo 10.

Desassite razão àqueles que reputam estar-se diante de uma função indiscutivelmente legislativa.

A **súmula de efeitos vinculativos** resulta do último ato do processo de produção jurídica: a criação de normas individuais por meio das decisões judiciais. O ato judicial é, em si, um ato aplicador da norma constitucional por um órgão que recebeu essa autorização ou competência de um legislador superior, não se confundindo com a função criadora do direito legislativo, nem se equiparam os provimentos do direito sumular aos do próprio legislador. A necessidade de uma sintetização do tema constitucional sob julgamento e a racionalização da aplicação, dotando-a de força vinculativa e efeitos gerais, extraindo-se uma forma de solução concentrada para conflitos de massa, não significa uma equiparação ao próprio legislador, nem usurpação da primazia da função concretizadora do legislador. O ato judicial dito criador de normas é, em si, um **ato aplicador** da norma constitucional por um órgão que recebeu essa autorização ou competência de um legislador superior. O órgão aplicador do direito interpreta cognoscitivamente o Direito Constitucional e por um **ato de vontade** efetua uma escolha entre as várias significações verbais ou possibilidades reveladas pela norma, produzindo-se uma fórmula decisória compreendida na redação do texto que sirva como decisão para todos os casos repetidos.

A atividade sumular do STF, explicitando, com força obrigatória e geral, o verdadeiro sentido das normas constitucionais e, por consequência, derogando, excluindo, anulando ou mesmo fulminando as inteligências jurisprudenciais divergentes e contrárias, também encontra amparo na teoria desenvolvida por Kelsen, do **legislador negativo da jurisdição constitucional**. Como legislador negativo o STF, ao determinar o **sentido unívoco da Constituição** enunciado na súmula, retira os atos sentenciais divergentes da orientação adotada, o que está muito distante de sustentar-se que substitui a função do legislador positivo, porque este, prioritariamente, cria o direito legislado abstratamente.

O controle da constitucionalidade das normas encontra na construção teórica de Hans Kelsen, do **legislador negativo**, a sistematização metodológica e a justificação científica para as várias facetas onde se expressa, como: **a)** a suspensão da execução da lei ou ato normativo julgado definitivamente inconstitucional pelo STF (art. 52, inciso X, CF), afastando a tese de que seja um **ato de natureza política**; **b)** para a função constitucional autônoma do Poder Judiciário, como atividade legislativa negativa, no controle normativo verificado no controle difuso, na ADIn, na ADC e na ADPF; e, **c)** para a atividade do STF na elaboração de enunciados de **súmula com efeitos vinculativos**. Cumpre anotar que **a função de legislação negativa** da jurisdição constitucional deve ser entendida, aqui, não somente como puro controle da coerência sistêmica do ordenamento jurídico (teoria do gradualismo ou da hierarquia das leis), mas, além disso, compreendida na missão

que o guardião da Constituição revela, quando opta, por meio de atos de vontade, pelos sentidos possíveis do texto constitucional interpretado, renovando sua capacidade de manter a **validade real**, com a realização e correção dos conteúdos que defendam, na realidade da vida histórica, a força normativa dos direitos fundamentais e das regras do regime democrático.

Por fim, importante concluir que existem movimentos recíprocos de aproximação entre o sistema anglo-saxônico, do *common law*, com modelo da família romano-germânica, do *civil law*, colocando em questão a doutrina da estrita partilha das funções do Estado, para uma convergência de rumos que necessita ser disciplinada de maneira mais explícita e satisfatória, seja no que concerne ao **princípio da separação de poderes**, seja quanto ao elenco de garantias fundamentais em nível de suprallegalidade (no sentido de uma jurisdição constitucional especial acima do nível legal ordinário), demandando debate mais aprofundado dos que buscam o suporte científico ao Estado Constitucional de Direito e sua institucionalização.

Como afirma Robert Alexy, no centro da teoria da jurisdição constitucional está a relação entre jurisdição constitucional e dação de leis, deixando-se o Estado Constitucional e Democrático fundamentar pela teoria do discurso, como meio de formação da vontade racional em todos os planos, em verdadeiro “Constitucionalismo Discursivo”, uma tentativa da institucionalização da razão e da correção, valendo, aqui, repetir as palavras daquele autor: O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade.

REFERÊNCIAS

ABAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira Alfredo Bosi e revisão e tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**: Na introductory analysis of the Courts of the United States, England, and France. 6 th. New York: Oxford University, 1993.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. **Revista Direito do Consumidor, São Paulo**, v. 14, p. 20-27, 1995.

ALENCAR, Ana Valderéz Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 15, n. 57, jan./mar. 1978.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 809, mar. 2003.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, 1999.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução Luís Afonso Heck, de palestra inaugural da comemoração dos 100 anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida em 9.12.1998, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set 1999.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. **Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.** Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **As Garantias do Cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993.

ÁUSTRIA. **Lei Constitucional-Federal Austríaca.** Tradução Luís Afonso Heck. **Revista Brasileira de Direito Constitucional,** São Paulo, v. 4, p. 653-678, jul/dez 2004.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 416, jun. 1970.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença variações sobre o tema. **AJURIS,** Porto Alegre, v. 35, p. 204-212, nov. 1985.

_____. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo CPC. In: TEMAS de direito processual: primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: TEMAS de direito processual: 7. série. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo? **Revista do Ministério Público do RS,** Porto Alegre, v. 52, 2004.

BARBOSA, Ruy. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo:** trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira.** coligidos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4.

_____. **A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, 1893.

_____. Inconstitucionalidade importa nulidade In: OBRAS completas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1955. v. 24, t. 3.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 4. ed. Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 30, p.69-77, jan./mar. 2000.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo:Saraiva, 1995. v. 4. t. 1.

_____. As modernas formas de Interpretação Constitucional. **Cardernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 24, 1998.

_____. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 22, p. 78-106 out./dez. 1972.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Introduzione al diritto costituzionale comparato.** lê “forme di stato,, e lê “forme di governo,, lê costituzioni moderne. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1988.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

_____. Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 92, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e Rodrigues. São Paulo:Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOROWSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BREWER-CARIAS, Allan R. La jurisdicción constitucional en América Latina. In: GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDES SEGADO, F (Coord.). **La jurisdicción constitucional em Iberoamérica**. Madrid: Kykinson, 1997.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, abr./jun. 1976.

BÜHLER, Ottmar. **La Constitución Alemana de 11 Agosto 1919**: texto completo, comentarios, introducción histórica y juicio general. Traducción José Rovira Armengol. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 6. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional. Direito comparado. Teoria geral do Estado e da constituição. As constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. **Constituições do Brasil**: compilação de textos, notas, revisão e índices. São Paulo: Atlas, 1981.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 1.
_____. Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 73, p. 230-249, fev. 1938.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CASTRO, Araújo. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 335, 2003.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira: comentários**. Rio de Janeiro: Tipografia da Companhia Lito-Tipografia, 1902.

CERRI, Augusto. **Corso de giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè 1994.

CHASSIN, Catherine-Amélie. Conseil constitutionnel français et Tribunal constitutionnel espagnol: Analyse comparative de deux conceptions du constitutionnalisme **Revue Du Droit Public et de la Science Politique em France et a L'Etranger**, Paris, n. 4, 2001.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 337, 1997.

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

_____. O poder judiciário na construção do estado de direito. In: SEMINÁRIO DEMOCRACIA E JUSTIÇA, Porto Alegre: 1998. [Anais...] Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Fundação Konrad Adenauer, [1998].

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 47-69, jul/set 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Fontes e ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição. **Revista Jurídica**, 1959.

_____. As idéias fundamentais da Constituição de 1891. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 55/56, p. 54-60, jul./dez. 1980.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Introdução à edição brasileira da “Jurisdição Constitucional”** de KELSEN, Hans. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. **Les grands systèmes de droit contemporains**. Dixième Édition, Paris: Dalloz, 1992

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção**. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Tradución Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1964.

FAVOREU, Louis. La notion de Cour Constitutionnelle. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1998.

_____. **Les cours constiutionnelles**. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

_____. Los Tribunales Constitucionales. In: GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDES SEGADO, F (Coord.). **La jurisdiccion constitucional em Iberoamerica**. Tradução José Julio Fernández Rodriguez. Madrid: Kykinson, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. O controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 123, 1994.

FRIEDRICH, Carl J. **Teoría y realidad de la organización constitucional democrática**: Em Europa y América. México: Fondo de Cultura Económica, [s.d.].

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas S.A., 1994.

_____. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 92, p. 5-16, out./dez 1989.

GARCYA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Universidad, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 90, abr./jun. 1988.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Poder constituinte decorrente e autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 16, p. 280-285, 1996.

GUETZÉVITCH, B. Mirkine. **As novas tendências do direito constitucional**. São Paulo: Sociedade Imprensa Paulista, 1933.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, [s.d.] v. 1.

HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

_____. O controle normativo no direito constitucional brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 800, jun. 2002.

_____. Direitos fundamentais: o preceito da proporcionalidade e o recurso constitucional alemão. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998.

_____. As fontes do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 677, p. 59-81, mar. 1992.

_____. **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Revista Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, p. 113-122, 1º sem. 2000.

_____. **A nulificabilidade e a vinculatividade no plano do controle normativo**. No prelo.

_____. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 124, p. 129-131, out./dez. 1994.

_____. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro: doutrina, jurisprudência, evolução.** Belo Horizonte: 1964.

_____. **Direito constitucional.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Poder constituinte do estado-membro. *Revista de Direito Público*, v. 88, 1988.

JAFFIN, George H. **Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.** *Revista Forense*, Rio de Janeiro, maio 1941.

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle. *Revue du Droit Public et de La Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, v 45, 1928.

_____. Judicial review of legislation: a comparative study of the austrian and the american constitution. *The Journal of Politics*, v. 4, n. 2, p. 183-200, may. 1942.

_____. **Jurisdição constitucional, controle judicial da constitucionalidade:** um estudo comparado das Constituições austríaca e americana. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

_____. **Reine rechtLehre:** einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik. Scientia Verlag Aalen, 1994.

_____. **Teoria geral das normas.** Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.** Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929.

KIMMINICH, Otto. A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. Tradução Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 105, jan./mar. 1990.

KRINGS, Hermann; STEGMÜLLER, Wolfgang; BAUMGARTNER, Hans Michael. Método. Tradução Luís Afonso Heck. **Revista Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 32, jan./abr. 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução Beatriz Vianna Boeira, Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et La Lutte Contre La Législation Sociale Aux États-Unis: l'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois.** 5. ed. Paris: Marcel Giard, 1921.

LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da “Súmula do STF.” **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 553, 1981.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença.** Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Manuale di diritto processuale civile.** Milano: Giuffrè, 1984. v. 2.

LIMA, Christina Aires Correa. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 27, abr./jun. 1999.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y principios constitucionales. doutrina y jurisprudencia.** Barcelona: Ariel, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución.** Traducción y estudio sobre la obra Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Súmula vinculante e a EC N. 45/2004. In: REFORMA do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. **Revista Processo e Constituição**, Porto Alegre, v. 2, maio 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 228-232, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 97, n. 16, p. 241-250, jan./mar. 2000.

MAURER, Hartmut. **A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal**. Tradução Luís Afonso Heck. No prelo.

_____. A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal. Tradução Luís Afonso Heck. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários a Constituição brasileira**. 3. ed. ampl. e posta de acordo com a Reforma Constitucional de 1925-26. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e Súmula Vinculante. Relevantes novidades trazidas pela EC n.º 45/2004. In: REFORMA do judiciário: primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle concentrado de constitucionalidade: Comentários à Lei 9868, de 10.1.1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 88, n. 760, fev. 1999.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. O Controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/oefeitovinculantegilmar.html>>.

_____. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, São Paulo, v. 162, abr/jun. 2004.

_____. Processo e Julgamento da ADIn e da ADC perante o STF: uma proposta de projeto de lei. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei 9868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2001. v. 6.

_____. **Teoria do estado e da constituição**. Lisboa: Coimbra, 2002.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Tradução Peter Naumann. 2. ed rev. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NERY JÚNIOR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Castanheira. **O Instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais.** Coimbra: Coimbra, 1983.

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

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, v. 16, jul./set. 1996.

NUNES, Castro. **A jornada revisionista:** os rumos, as idéias, o ambiente. estudo crítico da Constituição. Rio de Janeiro: Almeida Marques, 1924.

PALÚ, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PÈREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Seguridad jurídica.** 2. ed. Ver. y puesta al dia. Barcelona: Ariel, 1994.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Lecciones de derecho constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. v. 2.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1946.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2.

_____. **Comentários à Constituição de 1967, Com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.** 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado das ações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. v. 1.

_____. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 4.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a classificação de ações sentenças e coisa julgada. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 21, n. 61, jul. 1994.

_____. **Coisa julgada civil.** 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

POSADA, Adolfo. **Tratado de derecho político.** 5. ed. rev. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. 1935. v. 2.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSAS, Roberto. Do assento e do prejulgado à Súmula do STF. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 404, 1969.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal e a nova fisionomia do judiciário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 75, jul./set, 1985.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade (o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses) das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, abr/jun. 1988.

SCHLAICH, Dr. Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen** Ein Studienbuch. 6. ed. München: C.H.Beck München, [s.d.].

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição.** Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano.** Tradução Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SEGORBE, Beatriz: **O conselho constitucional francês e a protecção dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/web/jurist/work_pap.htm>

SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 237-315, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 13-15, 1978/1979.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SILVEIRA, José Néri. O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, São Paulo, v. 159, jul./set. 1981.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Tese para concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, novembro 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O controle da constitucionalidade no sistema luso-brasileiro. **Lemi**, Revista Jurídica, n. 68, p. 1-21, jul. 1973.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 3 ed. New York: New Yor Foudation, 2000, vol. 1.

ULHOA COELHO, Fábio. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário. A argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 47, 2002.

_____. Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 92, 1989.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. rev. e atual. Belém: CEJUP, 1999.

VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Giulio Einaudi, 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.