

Luis Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Doutor Livre-Docente pela UERJ.
Mestre em Direito pela Universidade de Yale.
Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

O CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE
NO DIREITO BRASILEIRO

Exposição sistemática da
doutrina e análise crítica da jurisprudência

4ª edição
revista e atualizada

2009

 Editora
Saraiva

Capítulo I

CONCEITOS FUNDAMENTAIS, REFERÊNCIA HISTÓRICA E DIREITO COMPARADO

I — GENERALIDADES. CONCEITO. PRESSUPOSTOS

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade¹, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição — uma lei ordinária, por exemplo —, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer. Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.

Dois premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A *supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

1. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 1996, p. 12 e s.

→ A *rigidez constitucional* é igualmente pressuposto do controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.

→ Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a reflexão de juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição, e a ele se dedicará um tópico desta exposição.

→ Duas observações são ainda pertinentes neste tópico. Em primeiro lugar, deve-se registrar que, nas últimas décadas, a doutrina e a jurisprudência têm dado atenção, igualmente, à denominada inconstitucionalidade por omissão, que consiste na não-edição de ato exigido pela Constituição. O tema será estudado em detalhe mais adiante. E, em segundo, cabe observar que a expressão “controle de constitucionalidade” é com frequência empregada em relação a atos materialmente normativos, isto é, àqueles que disciplinam condutas e têm caráter geral e abstrato. As leis, emanadas do Poder Legislativo, são o exemplo mais típico de atos dessa natureza, mas também se incluem nessa categoria atos editados pelo Executivo (como as medidas provisórias e certos tipos de atos normativos administrativos) e pelo Judiciário (como os regimentos internos dos tribunais). Mas não são apenas estes.

→ De fato, os atos materialmente administrativos, em geral oriundos do Executivo (mas, eventualmente, também do Legislativo e do Judiciário), sujeitam-se, da mesma forma, ao teste de constitucionalidade e são inválidos por juízes e tribunais. O mesmo se passa com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo por fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes. Todavia, estas duas últimas hipóteses — impugnação de atos administrativos ou de decisões judiciais — são muito mais corriqueiras, não tendo a complexidade e

as implicações da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Por esta razão não exigem estudo à parte.

→ Por fim, uma nota conceitual e terminológica. As locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.

II — O PRIMEIRO PRECEDENTE: *MARBURY V. MADISON*²

1. O contexto histórico

Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente³. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de

2. Nowak e Rotunda, *Constitutional law*, 2000; Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1996; Gerald Gunther, *Constitutional law*, 1985; Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffin, *Constitutional law*, 1986 (com Suplemento de 2000); Glennon, Lively, Haddon, Roberts, Weaver, *A constitutional law anthology*, 1997; Murphy, Fleming e Harris, II, *American constitutional interpretation*, 1986; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Roy P. Fairfield (editor), *The federalist papers*, 1981; Susan Bloch e Maeva Marcus, John Marshall's selective use of history in *Marbury v. Madison*, 1986 *Wisconsin Law Review*, 301; Lockard e Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992; Bartholomew e Menez, *Summaries of leading cases on the constitution*, 1983; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 1992.

3. Jefferson havia vencido no voto popular, mas empatara com Aaron Burr na votação do Colégio Eleitoral. A decisão final coube, assim, à Câmara dos Representantes, que elegeu Jefferson em 17 de fevereiro de 1801, para tomar posse em 4 de março.

reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court Act*), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava⁴; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado.

Logo à frente, em 27 de fevereiro de 1801, uma nova lei (*the Organic Act of the District of Columbia*) autorizou o Presidente a nomear quarenta e dois juízes de paz, tendo os nomes indicados sido confirmados pelo Senado em 3 de março, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams, assim, assinou os atos de investidura (*commissions*) dos novos juízes no último dia de governo, ficando seu Secretário de Estado, John Marshall, encarregado de entregá-los aos nomeados. Cabe o registro de que o próprio Marshall havia sido indicado pelo Presidente que saía para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*). E, embora seu nome tivesse sido aprovado pelo Senado e ele já tivesse prestado compromisso desde 4 de fevereiro de 1801, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams. Pois bem: tendo um único dia para entregar os atos de investidura a todos os novos juízes de paz, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa antes de se encerrar o governo, e alguns dos nomeados ficaram sem recebê-los.

Thomas Jefferson tomou posse, e seu Secretário de Estado, James Madison, seguindo orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), em dezembro de 1801, para ver reconhecido seu direito ao cargo. O pedido foi formulado com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (*1802 term*) para apreciar o caso.

Sucede, contudo, que o Congresso, já agora de maioria republicana, veio a revogar a lei de reorganização do Judiciário federal (*the Circuit Court*

4. O Ministro William Cushing, que havia sido nomeado por George Washington, já estava idoso, com a saúde precária, e supunha-se que sua substituição seria iminente. Nada obstante, embora incapacitado e tendo escrito apenas dezenove acórdãos ao longo dos vinte e um anos em que esteve na Suprema Corte, ali permaneceu até sua morte, que só ocorreu em 1810. V. Kermit L. Hall, *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 1992, p. 213-4.

Act, de 1801), extinguindo os cargos que haviam sido criados e destituindo seus ocupantes. Para impedir questionamentos a essa decisão perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802, deixando-a sem se reunir de dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Esse quadro era agravado por outros elementos de tensão, dentre os quais é possível destacar dois: a) Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Corte que ordenasse ao governo a entrega dos atos de investidura, e sinalizava que não iria cumpri-la; b) a partir do início de 1802, a Câmara deflagrou processo de *impeachment* de um juiz federalista, em uma ação política que ameaçava estender-se até os Ministros da Suprema Corte⁵.

Foi nesse ambiente politicamente hostil e de paixões exacerbadas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar *Marbury v. Madison*, sem antever que faria história e que este se tornaria o mais célebre caso constitucional de todos os tempos.

2. O conteúdo da decisão

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa. Mas não era pioneira nem original.

De fato, havia precedentes identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade⁶, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já

5. A Câmara votou pelo *impeachment* do juiz federal de New Hampshire, John Pickering, e o Senado decretou sua destituição em março de 1804. No dia seguinte a essa votação, a Câmara aprovou o *impeachment* do Ministro da Suprema Corte Samuel Chase, por partidarismo político, mas o Senado, em julgamento realizado em 1805, não reuniu a maioria constitucional necessária para seu afastamento.

6. Mauro Cappelletti, em seu clássico *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 46 e s., reconhecendo, embora, o caráter pioneiro e original do *judicial review* como contribuição do direito norte-americano, aponta a existência de precedentes de “supremacia constitucional” em outros e mais antigos sistemas jurí-

havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês⁷, ou em cortes federais inferiores e estaduais⁸. Além disso, no plano teórico, Alexander Hamilton, no *Federalista* n. 78, havia exposto analiticamente a tese, em 1788⁹. Nada obstante, foi com *Marbury v. Madison* que ela ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos¹⁰.

dicos, como o ateniense e o medieval. Conclui, assim, que a corajosa decisão de John Marshall, que iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, foi um “ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal”. No mesmo sentido, Linares Quintana, *Derecho constitucional y instituciones políticas*, 1960, v. 1, p. 489 e s.

7. Kermit L. Hall (editor), *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999, p. 174: “Advogados, durante o período colonial, (...) basearam seus argumentos em uma declaração de Sir Edward Coke no *Dr. Bonham’s Case* (1610) de que as leis do parlamento contrárias ao costume e à razão eram inválidas”. Mauro Cappelletti comenta longamente essa decisão, em seu já citado *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 59, onde transcreve a seguinte passagem literal de Coke, no caso citado: “(...) for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void”.

8. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999, p. 174: “Marbury não foi o primeiro caso a enunciar o princípio do *judicial review*. Houve precedentes nas cortes estaduais e nas cortes federais inferiores, nas quais juízes deixaram de aplicar leis que consideravam contrárias a dispositivos da Constituição estadual ou federal”.

9. Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist Papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981. O *Federalista* n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, observou (p. 226 e s.), em tradução livre: “Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. (...) A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. (...) É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo. (...) Onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira”.

10. Gerald Gunther, *Constitutional law*, 1985 (com Suplemento de 1988), p. 21 e s., transcreve cartas e pronunciamentos de diversos presidentes — Jefferson, Jackson, Lincoln e Roosevelt — questionando o papel do Judiciário como intérprete final da Constituição, com vinculação para os demais Poderes, e reivindicando diferentes graus de autonomia em relação à interpretação judicial. Especificamente sobre a questão da legitimidade do controle de constitucionalidade, v., *infra*.

No desenvolvimento de seu voto, Marshall dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo¹¹. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo¹². Na última parte, enfrentou duas questões distintas: a de saber se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo¹³.

À primeira questão respondeu afirmativamente. O *writ of mandamus* consistia em uma ordem para a prática de determinado ato. Marshall, assim, examinou a possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo. Sustentou, então, que havia duas categorias de atos do Executivo que não eram passíveis de revisão judicial: os atos de natureza política e aqueles que a Constituição ou a lei houvessem atribuído a sua exclusiva discricionariedade. Fora essas duas exceções, onde a Constituição e a lei impusessem um dever ao Executivo, o Judiciário poderia determinar seu cumprimento. Estabeleceu, dessa forma, a regra de que os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade¹⁴.

11. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “It is, then, the opinion of the Court: 1st. That by signing the commission of Mr. Marbury, the President of the United States appointed him a justice of peace and that the appointment conferred on him a legal right to the office for the space of five years” (É, portanto, a opinião desta Corte: 1º Que ao assinar o ato de investidura do Sr. Marbury, o Presidente dos Estados Unidos nomeou-o juiz de paz e que esta nomeação confere a ele o direito ao cargo pelo prazo de cinco anos.) (texto editado).

12. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “2nd. That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy” (2º Que, tendo título jurídico para o cargo, ele tem como consequência direito ao ato de investidura; e a recusa em entregá-lo a ele é uma clara violação desse direito, para a qual as leis desse país conferem-lhe o remédio jurídico.) (texto editado).

13. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “3. It remains to be inquired whether he is entitled to the remedy for which he applies? This depends on — 1st. The nature of the writ applied for; and 2nd. The power of this court” (3. Resta indagar se ele tem direito ao remédio jurídico que postula? Isso depende — 1º Da natureza do *writ* postulado; e 2º Da competência desta Corte.) (texto editado).

14. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803): “The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in

Ao enfrentar a segunda questão — se a Suprema Corte tinha competência para expedir o *writ* —, Marshall desenvolveu o argumento que o projetou na história do direito constitucional. Sustentou, assim, que o § 13 da Lei Judiciária de 1789, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das que estavam previstas no art. 3º da Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade. É que, afirmou, uma lei ordinária não poderia outorgar uma nova competência originária à Corte, que não constasse do elenco constitucional. Diante do conflito entre a lei e a Constituição, Marshall chegou à questão central do acórdão: pode a Suprema Corte deixar de aplicar, por inválida, uma lei inconstitucional?

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”¹⁵.

this court. (...) [But] where the head of a department is directed by law to do a certain act affecting the absolute rights of individuals, it is not perceived on what grounds the courts of the country are excused from the duty of giving judgment” (A competência da corte é tão-somente decidir acerca dos direitos individuais, e não indagar como o executivo e seus agentes cumprem os deveres em relação aos quais têm discricção. Questões políticas em sua natureza, ou que pela Constituição e pelas leis são privativas do Executivo, não podem ser apreciadas por esta Corte. (...) Mas, quando o chefe de um Poder tem o dever jurídico de praticar um ato que afeta direitos individuais, não haveria fundamento para os tribunais do País demitirem-se do dever de prestar jurisdição.).

15. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). O texto transcrito está editado. Em defesa da competência do Poder Judiciário para desempenhar o controle de constitucionalidade, acrescentou ainda em seu voto: “(Do contrário), se o Legislativo vier a fazer o que é expressamente proibido, tal ato, a despeito da proibição expressa, tornar-se-ia, em realidade, efetivo. Isso daria ao Legislativo uma onipotência prática e real”.

3. As consequências de *Marbury v. Madison*

A decisão proferida pela Suprema Corte sujeitou-se a críticas diversas, muitas respaldadas por argumentos sólidos. Vejam-se algumas delas. Por haver participado direta e ativamente dos fatos que deram origem à demanda, Marshall deveria ter se dado por impedido de participar do julgamento. A decisão foi estruturada em uma seqüência ilógica e equivocada do ponto de vista do direito processual, pois deveria ter se iniciado e encerrado no reconhecimento da incompetência da Corte. Havia inúmeros argumentos de natureza infraconstitucional que poderiam ter sido utilizados para indeferir o pedido, como o de que o direito ao cargo somente se adquire com a entrega efetiva do ato de investidura. A interpretação que levou Marshall a considerar a lei inconstitucional não era a única cabível, podendo-se reconhecer a incompetência da Corte ou o descabimento do *writ* por outras razões. E a falta de legitimidade democrática no desempenho desse papel pelo Judiciário¹⁶.

É indiscutível que o voto de Marshall reflete, intensamente, as circunstâncias políticas de seu prolator. Ao estabelecer a competência do Judiciário para rever os atos do Executivo e do Legislativo à luz da Constituição, era o seu próprio poder que estava demarcando, poder que, aliás, viria a exercer pelos trinta e quatro longos anos em que permaneceu na presidência da Corte. A decisão trazia, no entanto, um toque de inexcusável sagacidade política. É que as teses nela veiculadas, que em última análise davam poderes ao Judiciário sobre os outros dois ramos de governo, jamais seriam aceitas passivamente por Jefferson e pelos republicanos do Congresso. Mas, como nada lhes foi ordenado — pelo contrário, no caso concreto foi a vontade deles que prevaleceu —, não tinham como descumprir ou desafiar a decisão.

Na seqüência histórica, e à vista do modelo de Estado federal adotado nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu sua competência para exercer também o controle sobre atos, leis e decisões *estaduais* em face da Constituição e das leis federais, conhecendo de recursos contra pronuncia-

¹⁶ Sobre as críticas à decisão, v., por todos, Laurence Tribe, *American constitutional law*, v. 1, 2000, p. 207 e s. Nada obstante, assinalou o ex-Ministro da Suprema Corte Felix Frankfurter, em artigo doutrinário (John Marshall and the judicial function, *Harvard Law Review*, 69:217, 1955, p. 219): “A coragem de *Marbury v. Madison* não deve ser minimizada pela insinuação de que sua fundamentação não é impecável e que sua conclusão, ainda que sábia, não era inevitável”.

mentos dos tribunais dos Estados¹⁷. Em 1819, no julgamento de *McCulloch v. Maryland*¹⁸, voltou a apreciar a constitucionalidade de uma lei federal (pela qual o Congresso instituiu um banco nacional), que, no entanto, foi reconhecida como válida. Somente em 1857, mais de cinquenta anos após a decisão em *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte voltou a declarar uma lei inconstitucional, na polêmica decisão proferida em *Dred Scott v. Sandford*¹⁹, que acirrou a discussão sobre a questão escravagista e desempenhou papel importante na eclosão da Guerra Civil.

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

17. VI. *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810); *Martin v. Hunters's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816); *Cohens v. Commonwealth of Virginia* (6 Wheat.) 264 (1821). Ao justificar esse poder da Suprema Corte, escreveu o Ministro Oliver Wendell Holmes, em trabalho doutrinário (*Law and the courts*. In: *Collected Legal Papers* 295-6, 1920): "Eu não creio que os Estados Unidos pereceriam se nós perdêssemos o poder de declarar um Ato do Congresso nulo. Mas penso que a União estaria em perigo se não pudéssemos declarar inconstitucionais as leis dos diversos Estados".

18. 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). Esta decisão, na qual a Corte considerou válida a criação de um banco nacional pelo Congresso (*Bank of the United States*) e inválida a tributação de suas atividades pelo Estado de Maryland, é mais conhecida pelo estabelecimento da denominada teoria dos poderes implícitos, pela qual é legítimo o desempenho pela União de competências que não estão expressas na Constituição, mas são necessárias e apropriadas para a realização dos fins nela estabelecidos.

19. 19 How. (60 U.S.) 393 (1857). Nesta decisão, a Suprema Corte estabeleceu que negros, ainda quando pudessem ser cidadãos à luz da legislação de algum Estado da Federação, não eram, todavia, cidadãos dos Estados Unidos e, conseqüentemente, não poderiam ajuizar ações perante juízos e tribunais federais. Afirmou, ainda, que o Congresso exorbitou de seus poderes e violou a propriedade privada ao proibir ou abolir a escravidão em determinadas áreas. A decisão trouxe imenso desprestígio para a Suprema Corte e somente foi superada após a Guerra Civil, com a aprovação das emendas 13 e 14 à Constituição. É considerada pelos estudiosos a pior decisão jamais proferida pela Suprema Corte (v. Kermit L. Hall [editor], *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999, p. 278).

III — O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE²⁰

Uma das grandes descobertas do pensamento moderno foi a Constituição, entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador²¹. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada. Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos dos que são aqui considerados²².

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade aqui estudados. Cabe indagar: um ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz? Ou é tudo isso, simultaneamente? O domínio adequado desses conceitos e a uniformização da terminologia, nem que seja por mera convenção, ajudam a superar dificuldades aparentes e reduzem os problemas a sua dimensão real²³.

20. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 1979; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1985; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 1, 1954, e t. 4, 1970; Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 2002; *Lições preliminares de direito*, 2002; *Teoria tridimensional do direito*, 1968; Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 2002; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, 1979; Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1999; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003; Daniel Sarmento, *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, 2001.

21. Mauro Cappelletti, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 10.

22. V. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6, 2001, p. 10: "Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado".

23. Na aguda observação de Sampaio Dória, *Curso de direito constitucional*, v. 1,

1. Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos e das leis

A função social do Direito é a disciplina da vida social, com base em valores e fins legitimamente estabelecidos. O constituinte, o legislador e, em certos casos, o administrador submetem à normatividade do Direito determinados fatos humanos e naturais, transformando-os em fatos jurídicos. Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se *atos jurídicos*. É nessa categoria que se inserem as normas jurídicas, que são atos emanados dos órgãos constitucionalmente autorizados, tendo por fim criar ou modificar as situações nelas contempladas.

Os atos jurídicos em geral, e as normas jurídicas especificamente, comportam análise em três planos distintos e inconfundíveis: o de sua *existência*, o de sua *validade* e o de sua *eficácia*. Por força de infundáveis controvérsias havidas no âmbito do direito civil, essas categorias, que integram na verdade a teoria geral do Direito, não foram plenamente exploradas pelo direito público. Nada obstante, notadamente em tema de inconstitucionalidade, sua valia é inestimável.

1.1. O plano da existência²⁴

Como já se viu, nem todos os fatos da vida são relevantes para o Direito. Apenas alguns deles, pelo fenômeno da juridicização, passam do mundo dos fatos para o mundo jurídico. A *existência* de um ato jurídico — que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos — verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência²⁵. É possível distinguir, dentre esses elementos, os que se poderiam dizer *comuns*, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (como agente, objeto e forma), e os que são *específicos* de determinada categoria de atos²⁶.

1946, Prefácio: “Os homens dissentem mais em virtude da equívocidade da linguagem que usem, do que pelas concepções que tenham das realidades em si”.

24. Sobre o tema, v. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico — plano da existência*, 2003.

25. A cogitação dos atos jurídicos no plano de sua existência foi imaginada por Zachariae, divulgada por Aubry e Rau e desenvolvida pela doutrina francesa e italiana, sob a crítica, que se afigura improcedente, de sua desnecessidade, formulada pelos que equiparam a inexistência à nulidade, como Mazeaud e Mazeaud (v. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v. 1, 1974, p. 556 e s.).

26. V. Sérgio de Andréa Ferreira, *Invalidez de norma*, *RDP*, 57:58, 1981, p. 150 e s.

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. Seria inexistente, por exemplo, uma “lei” que não houvesse resultado de aprovação da casa legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico.

1.2. O plano da validade

Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua *validade*. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição. Não basta, por exemplo, para a prática de um ato administrativo, que exista o *elemento* agente público. De tal agente exige-se algo mais, um *atributo*: que seja competente. Por igual, exteriorizado o ato, estará presente a *forma*. Mas esta há de subsumir-se à prescrição legal: verbal ou escrita, pública ou privada, conforme o caso. E, ainda, não é suficiente que o ato tenha um determinado *objeto*, pois este tem de ser lícito e possível.

Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade.

Dentro da ordem de idéias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade²⁷.

27. Para o emprego do termo *validade* em acepções diversas, v. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 1990, p. 105: “A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (*vigência*), o da validade social

1.3. O plano da eficácia²⁸

A eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito *típico*²⁹, que é o de regular as situações nela incluídas. Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma³⁰.

A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. Veja-se um exemplo ilustrativo. Suponha-se que a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de “pichação de bem público”, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia.

Conforme a modalidade de controle de que se esteja tratando (v., *infra*), a ineficácia se dará apenas em relação às partes do processo ou a todas as pessoas indistintamente. E o que acontece com a lei, no plano da existência? No sistema brasileiro, a exemplo do modelo americano, a lei declarada

(*eficácia ou efetividade*) e o da validade ética (*fundamento*). E ainda: “Note-se que, na terminologia brasileira, *vigência* equivale a validade técnico-formal, enquanto que os juristas de fala espanhola empregam aquele termo como sinônimo de *eficácia*. Faço esta observação porque essa diferença essencial de significado tem dado lugar a lamentáveis confusões”.

28. Sobre o tema, v. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico — plano da eficácia*, 1ª parte, 2003.

29. Flávio Bauer Novelli, A eficácia do ato administrativo, *RDA*, 60:16, 1960, p. 21: “Para distinguir o efeito através do qual se cumpre a função específica do ato (ou fato), de outros e diversos efeitos jurídicos que o mesmo pode produzir, chama-se ao primeiro efeito final, típico, principal ou definitivo”.

30. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1999, p. 66.

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal — seja em ação direta, seja incidentalmente, com a subsequente suspensão pelo Senado Federal — não deverá mais ser aplicada, mas não há um ato formal que a elimine do mundo jurídico. Embora ela passe a ser letra morta, não é retirada expressamente de vigência.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde, quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua *revogação*. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano da existência dos atos jurídicos³¹. Como regra, decorrerá de nova manifestação de vontade do próprio órgão que a havia editado, e seus efeitos somente se produzem para o futuro, *ex nunc*. A declaração de inconstitucionalidade, ao revés, é competência *judicial*, e, de ordinário, seus efeitos serão retroativos.

2. Nulidade da norma inconstitucional

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como conseqüência a nulidade ou a anulabilidade³². No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito. Tal doutrina já vinha proclamada no *Federalista*³³ e foi acolhida por Marshall, em *Marbury v. Madison*:

“Assim, a particular linguagem da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, que se supõe essencial a

31. A revogação de uma lei, por ato do Congresso (ou de um regulamento, pelo Chefe do Executivo), dá-se em função de um juízo de conveniência e oportunidade, no exercício de competência discricionária. Sobre a revogação de leis, dispõe o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

32. Sobre a distinção entre nulidade e anulabilidade, v. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 4, 1954, p. 29-30.

33. Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist papers*, selecionados e editados do original por Roy Fairfield, 1981. No *Federalista* n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, lia-se: “Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constituição tem surgido (...). Nenhum ato contrário à constituição pode ser válido”.

todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula”³⁴.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato³⁵.

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório — e não constitutivo —, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*. Na prática, como se verá mais à frente, algumas situações se tornam irreversíveis e exigem um tratamento peculiar, mas têm caráter excepcional.

A tese de que norma inconstitucional é nula prevaleceu nos Estados Unidos, embora tenha sofrido algumas atenuações a partir dos anos 60 do século passado³⁶. Foi acolhida, ademais, em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, sem

34. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

35. Em sentido contrário, embora atenuado, v. Gilmar Ferreira Mendes, *O controle de constitucionalidade*, 1990, p. 19: “O dogma da nulidade não constitui postulado lógico-jurídico de índole obrigatória, comportando soluções intermediárias, nos termos consagrados pelo ordenamento jurídico”.

36. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, a partir da década de 60, passou a admitir exceções à regra da retroatividade, tanto em casos criminais (e. g., *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 [1965]) como em casos cíveis (*Chevron Oil v. Huson*, 404 U.S. 97 [1971]). Em julgados mais recentes, como *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987), e *Harper v. Virginia Department of Taxation*, 509 U.S. 86 (1993), a Corte sinalizou com a volta a uma postura mais ortodoxa em tema de retroatividade. V., sobre o tema, Laurence Tribe, *American constitutional law*, 2000, p. 218 e s. Em português, Daniel Sarmento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 112-14.

embargo da previsão expressa ou tácita de uma ou outra exceção, como em Portugal³⁷, Espanha³⁸, Alemanha³⁹ e Itália⁴⁰. Somente na Áustria, fiel à dou-

37. Em Portugal, o art. 282.1 da Constituição prevê: “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”. Mas há um temperamento, contemplado no art. 282.4: “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. 1 e 2”. Sobre a jurisdição constitucional em Portugal, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 6 (Inconstitucionalidade e garantia da constituição), 2001.

38. Na Espanha, o art. 116, a, ressaltou da retroatividade os efeitos decorrentes de decisões judiciais anteriores já transitadas em julgado. A jurisprudência tem estendido a exceção a outros casos. Sobre a jurisdição constitucional na Espanha, v. Francisco Fernández Segado, La jurisdicción constitucional en España, in D. García Belaunde e F. Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, 1997.

39. Na Alemanha, a Lei Orgânica da Corte Constitucional prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (v., *infra*), pela qual se reconhece a ilegitimidade constitucional, gerando para o legislador o dever de tomar medidas para superar o estado de inconstitucionalidade. Sobre jurisdição constitucional na Alemanha, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999; e Peter Häberle, El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional, in D. García Belaunde e F. Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*, 1997.

40. Na Itália, tanto o advento da coisa julgada como o decurso dos prazos de decadência e prescrição limitam os efeitos retroativos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. V. Temistocle Martines, *Diritto costituzionale*, 1986, p. 571-6: “Ocorre adesso chiedersi sino a che punto si estende l’efficacia retroattiva della sentenza o, il che è lo stesso, la disapplicazione della legge costituzionalmente illegittima. Sembra, al riguardo, che il punto d’arresto sia dato dai rapporti già regolati in via definitiva dalla legge incostituzionale, quali sono quelli disciplinati da sentenze passate in giudicato o da atti amministrativi che siano definitivi, ovvero ancora dai rapporti per i quali siano decorsi i termini di prescrizione o di decadenza; con una sola eccezione, che è quella prevista nell’art. 30, comma IV, legge n. 87 del 1953, a norma del quale “Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabili di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali” (É preciso, agora, indagar até que ponto se estende a eficácia retroativa da sentença ou, o que é o mesmo, a desaplicação da lei constitucionalmente ilegítima. Parece que o ponto de inflexão é dado pelas relações já reguladas de forma definitiva pela lei inconstitucional, tais como as disciplinadas por sentenças passadas em julgado ou por atos administrativos que se hajam tornado definitivos, ou mesmo, ainda, pelas relações para as quais tenham decorrido os prazos de prescrição ou de decadência; com uma única exceção, que é a prevista no art. 30, inciso IV, da Lei n. 87 de 1953, por força do qual “Quando, por aplicação da norma declarada inconstitucional, foi proferida uma sentença condenatória irrecorrível, extinguem-se-lhe a execução e todos os efeitos penais” — tradução livre).

trina de Kelsen (v., *infra*), prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é meramente *anulável*, de modo que a decisão que reconhece tal situação tem efeito constitutivo e, como regra, efeitos prospectivos, isto é, *ex nunc*.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional foi amplamente acolhida no Direito brasileiro desde o início da República, quando Ruy Barbosa averbou que “toda medida legislativa, ou executiva, que desrespeitar precedentes constitucionais, é, de sua essência, nula”⁴¹. Na mesma linha seguiram os autores de textos clássicos sobre o tema — como Francisco Campos⁴², Alfredo Buzaid⁴³, Castro Nunes⁴⁴ e Lúcio Bittencourt⁴⁵ —, em substancial reprodução da doutrina americana na matéria. Esse é o entendimento que prevalece ainda hoje, mas que já não é absoluto. Ao longo do tempo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fez alguns temperamentos à aplicação rígida da tese, e, já agora, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, ampliou a competência discricionária da Corte relativamente à pronúncia de nulidade e o conseqüente caráter retroativo da decisão. A questão voltará a ser tratada logo à frente.

41. Ruy Barbosa, *Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a justiça federal*, 1893, p. 47.

42. Francisco Campos, *Direito constitucional*, v. 1, 1956, p. 430-1: “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido”. Note-se o emprego impróprio, à luz da terminologia vigente, da expressão *lei inexistente*, quando a aplicável seria *lei inválida*.

43. Alfredo Buzaid, *Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 1958, p. 132: “Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente *declaratória*, não predominantemente *constitutiva*. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*”.

44. José de Castro Nunes, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, 1943, p. 588-9.

45. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 1997, p. 131: “A inconstitucionalidade da lei, uma vez reconhecida e declarada pelos tribunais, tem como conseqüência necessária ou a sua *revogação*, ou a sua *inexistência*, ou a sua *ineficácia*”. Na terminologia de Lúcio Bittencourt, dava-se a revogação na hipótese de lei anterior à Constituição e com ela incompatível; a inexistência quando a lei não observasse as formalidades do processo legislativo; e a ineficácia quando a lei fosse incompatível com a Constituição. Neste último caso, sustentava que os tribunais deviam *desconhecê-las*.

3. *Kelsen v. Marshall*: a tese da anulabilidade da norma inconstitucional

Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, através da Constituição da Áustria, em 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929. Professava ele uma visão doutrinária bem diversa daquela que prevaleceu nos Estados Unidos com a instituição do *judicial review*. O assunto é tratado em mais detalhes adiante, mas cumpre destacar que, para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa. Idealizador do controle concentrado em um tribunal constitucional, considerava que a lei inconstitucional era válida até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade. Antes disso, juízes e tribunais não poderiam deixar de aplicá-la. Após a decisão da corte constitucional, a lei seria retirada do mundo jurídico.

Por essa linha de entendimento, a lei inconstitucional não seria nula, mas meramente anulável. Vale dizer: a inconstitucionalidade não geraria uma nulidade, mas tão-somente a anulabilidade do ato. Como conseqüência, a decisão que a reconhecesse teria natureza *constitutiva negativa* e produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei. Citando Volpe, García de Enterría procura demonstrar uma razão histórica para a posição restritiva da atuação do Judiciário: Kelsen queria com isso evitar um governo de juízes, numa época em que havia certa *revolta dos juízes* contra a lei. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da *Escola livre do direito* e da *Jurisprudência livre*. Proibindo os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento⁴⁶.

A tese da anulabilidade da lei inconstitucional e do caráter constitutivo negativo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade não teve adesão expressiva da doutrina nem dos ordenamentos positivos. Exceto pela Áustria, tal formulação não prevaleceu nem mesmo na Alemanha, tampouco nos demais países da Europa. No Brasil, foi defendida com brilho por Regina Macedo Nery Ferrari⁴⁷, em sede doutrinária, e pelo Ministro Leitão

46. Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1991, p. 57-9.

47. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1999, p. 275: “A norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que ope-

de Abreu, em voto vencido proferido no Supremo Tribunal Federal⁴⁸. É inegável, porém, que a teoria da nulidade da lei inconstitucional, conquanto vencedora, teve de fazer concessões e abrir exceções.

4. Algumas atenuações à teoria da inconstitucionalidade como nulidade

Como visto, prevalece no Brasil, em sede doutrinária e jurisprudencial, com chancela do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada⁴⁹. A Constituição brasileira não contempla a possibilidade, admitida expressamente na Carta portuguesa, de limitação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade (v., *supra*). E, assim, como regra geral, os tribunais permaneceram fiéis ao dogma da nulidade da lei inconstitucional.

ra, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação de sua inconstitucionalidade. Em decorrência disso, a sentença que declara a inconstitucionalidade é do tipo constitutiva (...)". A posição já era defendida por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*, 1970, p. 621): "A Constituição de 1934, no art. 179, criou a exigência da maioria absoluta dos juizes, para que a decisão pudesse ser favorável à alegação de inconstitucionalidade. Seguiu-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: constituiria; é como qualquer decisão que, a respeito de negócio jurídico nulo para A, ou B, decreta a nulidade". José Afonso da Silva também parece sustentar a natureza constitutiva da sentença de inconstitucionalidade. V. *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, p. 53.

48. *RTJ*, 82:791, 1977, RE 79.343-BA, rel. Min. Leirão de Abreu: "Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade".

49. *DJU*, 2 abr. 1993, QO na ADIn 652-MA, rel. Min. Celso de Mello: "A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, visto que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob a sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito". Vejam-se, também: *RDA*, 181-2:119, 1990; *RTJ*, 98:758, 1981, 97:1369, 1981, 91:407, 1980.

A vida, contudo, na aguda observação de Clèmerson Merlin Clève, é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica. Vejam-se alguns exemplos, colhidos em decisões do próprio Supremo Tribunal Federal ou em manifestações bem fundadas da doutrina:

a) Em nome da boa-fé de terceiros e da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional⁵⁰.

b) Em nome da irredutibilidade de vencimentos, o STF pronunciou-se, relativamente à remuneração indevida percebida por servidores públicos (magistrados), no sentido de que a "retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade"⁵¹.

c) Em nome da proteção à coisa julgada, há consenso doutrinário em que a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, não desconstitui automaticamente a decisão baseada na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não decorrido o prazo legal. Caso se tenha operado a decadência para a rescisão, já não será possível desfazer o julgado⁵².

50. *RTJ*, 100:1086, 1982, RE 78.533-SP, rel. Min. Decio Miranda. A hipótese referia-se à validade de uma penhora realizada por oficial de justiça cuja nomeação fora feita com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional.

51. *DJU*, 8 abr. 1994, RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek. Para uma fundamentada crítica a essa decisão, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 405 e s., especialmente p. 418-9.

52. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, 1990, p. 280; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 252; Daniel Sarmiento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 115. V., sobre o tema, interessante trabalho de Gustavo Tepedino, Dos efeitos retroativos da declaração incidental de inconstitucionalidade e a coisa julgada em favor da Fazenda Pública, in *Temas de direito civil*, 1999. E também: Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Constituição e constitucionalidade*, 1991, p. 198 e s.; e Sacha Calmon Navarro Coêlho, Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no direito tributário, *RT-CDTFP*, 15:200, 1996.

d) Em nome da vedação do enriquecimento sem causa, se a Administração tiver se beneficiado de uma relação jurídica com o particular, mesmo que ela venha a ser tida por inválida, se não houver ocorrido má-fé do administrado, faz ele jus à indenização correspondente⁵³.

Os autores cogitam, ainda, de algumas situações previstas no direito comparado, notadamente o alemão, que igualmente envolveriam juízo de inconstitucionalidade sem nulidade ou sem efeitos *ex tunc*, como por exemplo: a declaração de incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia de nulidade, a declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade e o apelo ao legislador⁵⁴. Essas construções serão comentadas adiante, na medida em que representem subsídio para o tratamento das questões constitucionais no direito brasileiro. Outras técnicas que não importam em nulidade da norma, já incorporadas ao direito brasileiro, são a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (v., *infra*)⁵⁵. A doutrina tem admitido, ainda, a hipótese de inconstitucionalidade superveniente⁵⁶, resultante

53. Hipótese formulada por Clèmerson Merlin Clève, com base em Celso Antônio Bandeira de Mello, O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo, *RDA*, 210:25, 1997, p. 33.

54. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 260 e s.; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1996, p. 202; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 1993, p. 262-71.

55. Veja-se, mais à frente, a referência à superposição e autonomia dessas duas técnicas. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999, p. 278. Há precedentes, no Supremo Tribunal Federal, de ações diretas julgadas parcialmente procedentes para, sem redução de texto, dar interpretação conforme à Constituição a dispositivos de lei (ADIns 1371-DF e 1377-DF). Na ADIn 939-DF (*DJU*, 18 mar. 1994, rel. Min. Sydney Sanches), na qual se apreciou a constitucionalidade do IPMF, o STF assim decidiu: “Em consequência, é inconstitucional também a LC 77, de 13.07.93, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, *a, b, c e d* da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC 77/93)”.

56. Não prevalece, à luz da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, a tese de que o advento de um novo texto constitucional ou de uma emenda acarretariam a inconstitucionalidade superveniente das normas preexistentes que fossem com eles incompatíveis. Prevalece, pacificamente, o entendimento de que o direito infraconstitucional anterior contrastante com a nova ordem constitucional fica revogado. V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 77 e s. Assinale-se, no entanto, que a disciplina jurídica da matéria passa a ser afetada pela Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental e admite como seu objeto ato normativo anterior à Constituição (v., *infra*).

de alteração na jurisprudência⁵⁷ ou da mudança substancial das circunstâncias fáticas sobre as quais incidia a norma⁵⁸. Também nesses casos os efeitos da decisão somente se produzem para o futuro.

Por ocasião da Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, foi apresentada proposta que permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar se a declaração de inconstitucionalidade em ação direta retroagiria ou não⁵⁹. A idéia foi rejeitada. Durante o incipiente processo de revisão levado a efeito em 1994, procurou-se uma vez mais autorizar o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos retroativos de suas decisões declaratórias de constitucionalidade⁶⁰. Novamente sem sucesso.

57. É o caso, por exemplo, da tendência jurisprudencial a admitir que companheiros do mesmo sexo possam ser dependentes um do outro para determinados fins, inclusive planos de saúde. Essa inteligência da idéia de igualdade, que não admite o tratamento diferenciado em razão da orientação sexual das pessoas, é fruto de uma interpretação evolutiva e não poderá ter efeito retroativo a período anterior à consolidação da nova percepção do alcance do princípio. Sobre interpretação evolutiva, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 145 e s.; e Morton J. Horwitz, The constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism, *Harvard Law Review*, 107:27, 1993.

58. V. Daniel Sarmento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 118 e s.; e Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata no direito brasileiro*, 2000, p. 257. Precedente interessante acerca da influência da situação de fato e sua eventual alteração na aferição da constitucionalidade da norma colhe-se no RE 147.776-SP (*DJU*, 19 jun. 1998), no qual se discutiu a legitimidade da atuação do Ministério Público para promover a ação de reparação de dano *ex delicto* em favor da parte hipossuficiente. O acórdão, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, consignou: “No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao MP pelo art. 68 C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública; essa, porém, para este fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado — se implemente esta condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Penal será considerado ainda vigente”.

59. A proposta, apresentada pelo então Senador Maurício Corrêa, tinha a seguinte dicção para o art. 127, § 2º: “Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão a eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória”. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1999, p. 263.

60. Relator do processo de revisão, o então Deputado Nelson Jobim apresentou proposta de acréscimo de um § 5º ao art. 103, do seguinte teor: “§ 5º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão”. V. Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 1999, p. 210.

Todavia, mais à frente, foi aprovada a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nela se permitiu, de forma expressa, pela primeira vez, a atenuação da teoria da nulidade do ato inconstitucional, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroagisse ao início de vigência da lei. O art. 27 do novo diploma assim dispôs:

“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”.

O dispositivo enfrenta críticas quanto a sua conveniência e oportunidade⁶¹, assim como objeções relativamente a sua constitucionalidade⁶². Argumentou-se, contrariamente a sua introdução, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, até então, era a de reconhecer hierarquia constitucional ao postulado da nulidade da lei inconstitucional⁶³, o que exigiria uma emenda à Constituição para introduzir a novidade. Em suporte da tese, aliás, é possível invocar as duas tentativas, noticiadas acima, de inserção no texto constitucional de norma que visava objetivo análogo ao do art. 27 transcrito. Se a providência pudesse ser tomada no plano infraconstitucional,

61. Aqui cabe um registro pessoal. Havendo participado da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n. 9.868/99 — que trabalhou sobre um texto base elaborado pelo hoje Ministro Gilmar Mendes —, manifestei-me contra a inovação, em voto vencido. Três argumentos fundamentaram meu ponto de vista. O primeiro era este que venho de expor: parecia-me que a providência desejada exigia uma emenda à Constituição. O segundo: o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais. Em terceiro lugar, o temor, que no Brasil não é infundado, de que as exceções virem regra, manipuladas pelas “razões de Estado” ou pelo lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento.

62. V. ADIn 2.154-2, requerida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais — CNPL, e ADIn 2.258-0, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ambas da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

63. V. José Carlos Moreira Alves, A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Garantias do cidadão na justiça*, 1993, p. 10; e Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 413.

tornar-se-ia difícil justificar que se tivesse optado pela via mais complexa da previsão no texto da própria Constituição. A discussão, todavia, comporta diversas sutilezas e complexidades que serão examinadas por ocasião do estudo da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, é respeitável a tese de que, por vezes, a produção de efeitos retroativos pode trazer conseqüências indesejadas pelo próprio texto constitucional. Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vinha tratando a questão de forma equilibrada e construtiva. Não havia necessidade de ato legislativo interferindo nesse mandato. Aliás, em testemunho da riqueza do universo da interpretação constitucional, é possível uma leitura singular e muito razoável do dispositivo, embora contrária ao legislador histórico (isto é, à *mens legislatoris*): a de que, na verdade, veio ele restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao impor o *quorum* de dois terços de seus membros. Nesse caso, também caberia questionar se o legislador ordinário poderia impor condições para a ponderação de valores constitucionais.

Registre-se, a bem da verdade, que a providência contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 era reclamada por parte da doutrina⁶⁴, e, com efeito, a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional foi saudada como positiva por juristas que nela viram a concessão de uma “margem de manobra” para o Judiciário ponderar interesses em disputa⁶⁵. A inovação tem sido utilizada com moderação e prudência pelo Supremo Tribunal Federal, em hipóteses raras e excepcionais, que não provocaram maior reação⁶⁶.

IV — ESPÉCIES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser aferida com base em diferentes elementos ou critérios, que incluem o momento em que ela se

64. V., por todos, Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 1999, p. 210: “Temos a firme convicção de que é da maior necessidade, utilidade e importância que se preveja em nosso direito constitucional positivo a possibilidade de o STF, em casos excepcionais, e quando o exija o interesse público, estabelecer limites à eficácia da declaração de inconstitucionalidade, com as ressalvas que apresentamos”.

65. V., por todos, Daniel Sarmiento, A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, in *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, p. 125 e s.

66. V., e.g., STF, DJU, 9 mar. 2007, ADIn 3.615-PB, rel.^a Min.^a Ellen Gracie, e ADIns 2.240-BA, 3.316-MT e 3.489-SC, relatadas pelo Ministro Eros Grau e publicadas no DJU, 17 maio 2007. Todos os casos aqui referidos envolviam a criação de Municípios.

verifica, o tipo de atuação estatal que a ocasionou, o procedimento de elaboração e o conteúdo da norma, dentre outros. Este tópico procura selecionar e sistematizar as categorias mais importantes de inconstitucionalidade.

1. Inconstitucionalidade formal e material

A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias⁶⁷, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte isso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.

1.1. Inconstitucionalidade formal

A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato. Se, por exemplo, a Assembléia Legislativa de um Estado da Federação editar uma lei em matéria penal⁶⁸ ou em matéria de direito civil⁶⁹, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria⁷⁰. De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.

67. Atos normativos primários são aqueles que, como a lei, têm aptidão para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações. As espécies normativas primárias contempladas pela Constituição brasileira constam do elenco do art. 59 e compreendem: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; e resoluções.

68. STF, RDA, 185:148, 1991, ADIn 463-BA, rel. Min. Marco Aurélio: é inconstitucional norma da Constituição do Estado que legaliza o funcionamento de cassinos em seu território, por tratar-se de matéria penal, de competência privativa da União. STF, DJU, 1º set. 2000, ADInMC 1.901-MG, rel. Min. Ilmar Galvão: Constituição estadual não pode criar hipótese de crime de responsabilidade.

69. STF, Inf. STF, 133:1, nov. 1998, ADInMC 1.918-ES, rel. Min. Maurício Corrêa: lei estadual não pode proibir a cobrança de estacionamento por estabelecimentos privados, por incidir em inconstitucionalidade formal, violando competência privativa da União Federal para legislar sobre direito civil.

O processo ou procedimento legislativo completo compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação⁷¹. O vício mais comum é o que ocorre no tocante à iniciativa das leis. Pela Constituição, existem diversos casos de iniciativa privativa de alguns órgãos ou agentes públicos, como o Presidente da República (art. 61, § 1º), o Supremo Tribunal Federal (art. 93) ou o Chefe do Ministério Público (art. 128, § 5º). Isso significa que somente o titular da competência reservada poderá deflagrar o processo legislativo naquela matéria. Assim, se um parlamentar apresentar projeto de lei criando cargo público, modificando o estatuto da magistratura ou criando atribuições para o Ministério Público, ocorrerá inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa⁷².

Outros exemplos. Há matérias que são reservadas pela Constituição para serem tratadas por via de uma espécie normativa específica. Somente lei complementar pode dispor acerca de normas gerais de direito tributário (art. 146, III) ou sobre sistema financeiro nacional (art. 192). Se uma lei ordinária contiver disposição acerca de qualquer desses temas, será formal-

70. Constituição Federal: é competência privativa da União legislar sobre direito penal e direito civil (art. 22, I), competência que exerce por intermédio do Congresso Nacional (art. 48).

71. Note-se que somente a lei ordinária e a lei complementar percorrem todos esses ciclos.

72. Relativamente ao vício de iniciativa, quando conferida esta privativamente ao Presidente da República, vigorou por algum tempo o entendimento de que ele poderia ser convalidado no momento da sanção, expresso no verbete n. 5 da Súmula do STF: "A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo". Tal orientação, todavia, já não prevalece de longa data, tendo o STF entendido que ela expressava a jurisprudência predominante sob o regime da Constituição de 1946 (RTJ, 127:811, 1989), estando o ponto de vista atual sintetizado na decisão seguinte: "A sanção a projeto de lei que veicule norma resultante de emenda parlamentar aprovada com transgressão à cláusula inscrita no art. 63, I, da Carta Federal, não tem o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal, eis que a vontade do Chefe do Poder Executivo — ainda que deste seja a prerrogativa institucional usurpada — revela-se juridicamente insuficiente para convalidar o defeito radical oriundo do descumprimento da Constituição da República" (STF, DJU, 15 set. 1995, ADInMC 1.070-MS, rel. Min. Celso de Mello).

mente inconstitucional. É que o *quorum* de votação de uma lei complementar é diverso do da lei ordinária⁷³. De vício formal padecerá, igualmente, emenda constitucional ou projeto de lei que, sendo emendado na casa revisora, não voltar à casa de onde se originou (arts. 60, § 2º, e 65). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite, como regra, o controle judicial da tramitação de projetos⁷⁴, salvo quando se trate de proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea⁷⁵, além de ser extremamente restritiva na discussão judicial das questões regimentais em geral, referidas como *interna corporis*⁷⁶.

⁷³ Embora o entendimento dominante seja o de que não existe hierarquia entre ambas, mas apenas uma definição constitucional de competências para cada qual, o *quorum* de aprovação de lei ordinária é o de maioria simples (art. 47), enquanto a lei complementar exige maioria absoluta (art. 69).

⁷⁴ STF, RTJ, 99:1031, 1981, MS 20.257-DF, rel. Min. Moreira Alves: “Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra”.

⁷⁵ V. RTJ, 99:1031, 1982, MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves; RDA, 193:266, 1993, MS 21.747, rel. Min. Celso de Mello; RDA, 191:200, 1993, MS 21.642, rel. Min. Celso de Mello; RTJ, 165:540, 1998, MS 21.648, rel. Min. Ilmar Galvão: “É legítima a pretensão de Deputado Federal, pela via do mandado de segurança, a que lhe seja reconhecido o direito de não ter de manifestar-se sobre Projeto de Emenda Constitucional, que considera violador do princípio da anterioridade tributária”.

76. STF, RTJ, 112:1031, 1985, MS 20.471-DF, rel. Min. Francisco Rezek: “Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*”; STF, DJU, 6 jun. 1997, MS 22.503-DF, rel. Min. Marco Aurélio: “Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de Emenda Constitucional. Alegação de violação de diversas normas do Regimento Interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário”. Na doutrina, v. José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002, p. 309 e s.

1.2. Inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional — *e. g.*, a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) — ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, *caput*, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas⁷⁷.

Nada impede a coexistência, em um mesmo ato legislativo, de inconstitucionalidade formal e material, vícios distintos que podem estar cumulativamente presentes. Aliás, para que a semelhança terminológica não induza a qualquer tipo de confusão, cabem explicitar que a natureza da causa geradora da inconstitucionalidade — formal ou material — não tem relação com a classificação das normas constitucionais, em razão de seu conteúdo, em normas constitucionais formais e materiais (v., *supra*). São categorias totalmente distintas e distantes.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada. Há uma única situação em que o caráter formal ou material da inconstitucionalidade acarretará efeitos diversos: quando a incompatibilidade se der entre uma nova Constituição — ou uma emenda constitucional — e norma infraconstitucional preexistente.

Nessa hipótese, sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir⁷⁸. As normas anteriores, incompatíveis com o novo tratamento constitucional da matéria, ficam automaticamente revogadas (é minoritária, no direito brasileiro, a corrente que sustenta que a hipótese seria de inconstitucionalidade, passível de declaração em ação direta

77. Sobre classificação das normas constitucionais, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003.

78. Por exemplo: quando a Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999, eliminou a figura do juiz classista nos Tribunais Regionais do Trabalho, os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que cuidavam da designação dos juízes representantes classistas (arts. 684 e s.) já não podiam existir validamente.

ajuizada para esse fim). Não é o que ocorre, porém, quando a incompatibilidade entre a lei anterior e a norma constitucional nova é de natureza formal, vale dizer: quando a inovação introduzida apenas mudou a regra de competência ou a espécie normativa apta a tratar da matéria. Nesse caso, a norma preexistente, se for materialmente compatível com o novo ordenamento constitucional, é recepcionada, passando apenas a se submeter, *ad futurum*, à nova disciplina. Dois exemplos ilustram a tese que se está demonstrando:

a) O Código Tributário Nacional (CTN) foi promulgado como lei ordinária (Lei n. 5.172, de 25-10-1966), sob o regime da Constituição de 1946. Sobreveio a Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, que passou a prever que o sistema tributário seria regido por leis complementares. Pois bem: o CTN continuou em vigor, naquilo em que materialmente compatível com a emenda, mas passou a desfrutar do *status* de lei complementar, e, portanto, essa era a espécie normativa requerida para sua alteração.

b) Na maior parte dos Estados da Federação, o código de organização judiciária era editado por via de Resolução do Tribunal de Justiça. Com a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser exigida lei para tratar da matéria. Os códigos existentes continuaram todos em vigor, válidos e eficazes, mas qualquer nova modificação passou a depender igualmente de lei.

Por fim, diversos autores incluem no estudo da inconstitucionalidade material a questão do desvio ou excesso de poder legislativo, caracterizado pela edição de normas que se afastam abusivamente dos fins constitucionais e/ou dos fins declarados⁷⁹. A ascensão e difusão do princípio da razoabilidade, com sua exigência de adequação entre meio e fim, de necessidade da

79. A expressão designa as hipóteses em que, no exercício da liberdade de conformação do legislador, a norma venha a ser editada “não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles” (Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 264; Caio Tácito, Desvio de poder legislativo, *RTDP*, 1:62, 1993, em texto no qual se refere, especialmente, aos denominados “testamentos políticos”, mediante os quais governos que se fundavam criavam numerosos cargos públicos, em claro desatendimento ao interesse público; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 38 e s.; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 45-6; Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2001, p. 40 e s.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 926-8: “As questões mais difíceis relacionadas com o controle da constitucionalidade — desde logo, porque colocam o problema dos limites funcionais da jurisdição constitucional — dizem respeito a estes ‘vícios de mérito’ [refere-se ao excesso de poder legislativo como vício substancial da lei] e não aos clássicos vícios materiais e formais”.

medida (com a conseqüente vedação do excesso) e de proporcionalidade em sentido estrito, de certa forma atraiu o tema para seu domínio, tornando-se, na atualidade, um dos principais parâmetros de controle da discricionariedade dos atos do Poder Público⁸⁰.

2. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

A Constituição é uma norma jurídica. Atributo das normas jurídicas é a sua imperatividade. Não é próprio de uma norma constitucional, nem de qualquer norma jurídica, sugerir, recomendar, alvitrar. Normas jurídicas contêm comandos. A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, como ocorre, no âmbito privado, com as normas dispositivas. As normas cogentes se apresentam nas versões proibitiva e preceptiva, vedando ou impondo determinados comportamentos, respectivamente. É possível, portanto, violar a Constituição praticando um ato que ela interdita ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de *ação*, uma conduta positiva, ou por via de uma *omissão*, uma inércia ilegítima.

2.1. Inconstitucionalidade por ação

As condutas passíveis de censura à luz da Constituição podem se originar de órgãos integrantes dos três Poderes do Estado. Um ato inconstitucional do Poder Executivo, praticado por agente da administração pública, por exemplo, é suscetível de controle pelo Judiciário. Os próprios atos judiciais sujeitam-se ao exame de sua conformidade com a Constituição, por via dos diferentes recursos previstos no texto constitucional e na legislação processual. Nada obstante, no contexto aqui considerado, os atos relevantes no âmbito do controle de constitucionalidade são aqueles emanados do Poder Legislativo, cuja produção normativa típica é a lei.

A referência a inconstitucionalidade por ação, portanto, abrange os atos legislativos incompatíveis com o texto constitucional. Foi em torno

80. No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 47-8: “Em muitos casos a teoria do excesso de poder e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem cobrir um mesmo campo teórico, oferecendo, portanto, soluções semelhantes (senão idênticas) quando da aferição da legitimidade de determinados atos normativos do Poder Público”.

dessa situação, diga-se de passagem, que se construiu toda a teoria e jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento até pelo menos meados da década de 70 (do século passado, o XX). Os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade — americano, austríaco, francês —, bem como as variadas modalidades de controle — político ou judicial, prévio ou repressivo, difuso ou concentrado, principal ou incidental —, foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade. Todos esses mecanismos se destinam, de uma forma ou de outra, a paralisar a eficácia ou a retirar do ordenamento um ato que foi praticado, que existe. Uma lei inconstitucional.

2.2. Inconstitucionalidade por omissão

Tal como no caso da inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes. Pode ocorrer de o Executivo deixar de tomar as medidas político-administrativas de sua competência, não entregando determinadas prestações positivas a que esteja obrigado, por exemplo, em matéria de educação (CF, art. 208). Pode-se igualmente cogitar de omissão na entrega de prestação jurisdicional. Juridicamente, é certo, não é possível a denegação de justiça mesmo na eventualidade de inexistir lei específica sobre a matéria discutida⁸¹; mas, no mundo real, não é incomum a falta de acesso à justiça (e. g., por ausência ou deficiência nas condições de assistência judiciária) ou o excesso de demora que frustra na prática o direito das partes.

Todas essas questões relatadas acima, que guardam suas próprias complexidades, estão fora do domínio que se vai aqui estudar. A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais. O instrumental desenvolvido para o combate às leis inconstitucionais — isto é, a atos comissivos praticados em desacordo com a Constituição — não tem sido suficiente nem adequado para enfrentar a inconstitucionalidade que se manifesta através de um *non facere*.

Em termos de direito positivo, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão só recebeu previsão nos textos constitucionais, e mesmo assim

81. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

timidamente, a partir da década de 70, com sua incorporação à Constituição da então Iugoslávia (1974) e à de Portugal (1976). Nada obstante, em sede jurisprudencial, o tema já vinha sendo discutido em alguns países desde o final da década de 50 e início da década de 60, como na Itália e na Alemanha. E também na Espanha, a partir da Constituição de 1978. Nesses países, a fiscalização da omissão tem sido efetuada pelos tribunais constitucionais, independentemente da existência de qualquer norma regendo a matéria⁸².

No Brasil, o tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte, que resultaram na Constituição de 1988. A nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas. Ambos os institutos serão tratados em detalhe nos dois próximos capítulos. Por ora, é de proveito entender a inconstitucionalidade por omissão como fenômeno jurídico e suas diferentes formas de manifestação.

2.2.1. Da legislação como faculdade e como dever jurídico

A simples inércia, o mero *não fazer* por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo⁸³.

⁸² Para uma visão mais detalhada do tema, com levantamento de algumas decisões comparadas, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2003, p. 159-78.

⁸³ Nicolò Trocker, *Le omissioni del legislatore*, *Archivio Giuridico*, 178 (*fascioli 1-2*), 1969, p. 17: “L’omissione si sostanzia pertanto in un comportamento contrastante con un obbligo giuridico a contenuto positivo”; Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2001, t. 6, p. 276: “(A) inconstitucionalidade por omissão se situa nas fronteiras entre a liberdade de decretação que é apanágio do poder legislativo e o dever de legislar a que ele está sujeito em algumas hipóteses”; J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 1004: “A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conezionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples *dever geral de legislar* para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.

Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. Insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua *liberdade de conformação* a decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.

A Constituição de 1988 prevê, em diversos dispositivos, a necessidade da edição de leis integradoras da eficácia de seus comandos. Isso pode ocorrer (i) em relação às normas constitucionais de organização⁸⁴; e (ii) em relação às normas definidoras de direitos⁸⁵. A inércia do legislador em qualquer dos dois casos configurará inconstitucionalidade por omissão. No primeiro, embora haja um dever jurídico constitucional para o legislador de editar as normas requeridas pelo texto, seria controversa a invocação de um direito subjetivo fundamental à legislação⁸⁶. No segundo, há claramente direito subjetivo outorgado pelo texto constitucional, investindo o indivíduo no poder jurídico de exigir a criação da norma (v., *infra*). Em relação às normas programáticas, onde se prevê genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta a ser adotada, não será possível, como regra, falar em omissão inconstitucional. Salvo, por certo, se a inércia inviabilizar providências ou prestações correspondentes ao mínimo existencial⁸⁷.

84. Como ocorre, ilustrativamente, nos seguintes exemplos: art. 90, § 2º (A lei regulará a organização e funcionamento do Conselho da República); art. 93 (Lei complementar de iniciativa do STF disporá sobre o Estatuto da Magistratura); art. 134, § 1º (Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União); art. 172 (A lei disciplinará os investimentos de capital estrangeiro); art. 178 (A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre).

85. Como nos seguintes exemplos: art. 5º, XXVI (A pequena propriedade rural, assim definida em lei, não será objeto de penhora); art. 7º, IX (São direitos dos trabalhadores, além de outros, participação nos lucros ou resultados, conforme definido em lei); art. 201, § 4º (Os ganhos habituais do empregado serão incorporados ao salário para fins de benefícios, na forma da lei).

86. No direito brasileiro, em princípio, tais hipóteses não seriam tuteláveis por ações individuais, mas sim por via de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Há, todavia, situações menos esquemáticas. A inércia, por exemplo, na criação da Defensoria Pública frustra o direito de acesso à justiça das pessoas hipossuficientes economicamente.

87. Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002.

A inércia ilegítima do legislador poderá ser *total* ou *parcial*.

2.2.2. Da omissão total

A omissão inconstitucional total ou absoluta estará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstenha-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria. Nesta situação, abrem-se, em tese, três possibilidades de atuação judicial no âmbito da jurisdição constitucional:

(a) reconhecer auto-aplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente;

(b) apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la;

(c) não sendo a norma auto-aplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.

No primeiro caso, possuindo a norma constitucional densidade jurídica para sua aplicação direta, o tribunal estará em condições de resolver a demanda. De todo modo, é comum que defira prazo razoável ao órgão ao qual se imputa a mora legislativa, para que atue suprindo a lacuna. Persistindo a omissão, o tribunal decide o caso concreto, dando auto-aplicabilidade à disposição da Constituição. Há precedentes nesse sentido, tanto no direito comparado⁸⁸ como no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁸⁹. É bem

88. O art. 6º, alínea 5, da Lei Fundamental alemã preceitua que “a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições que aos filhos legítimos, no que se refere ao seu desenvolvimento físico e moral e à sua situação social”. Decorridos vinte anos de vigência da Constituição sem que a legislação assegurasse aquela igualdade, o Tribunal Constitucional federal decidiu, em um caso concreto julgado em 29 de janeiro de 1969, que o preceptivo constitucional era diretamente aplicável, com “força derogatória” das disposições contrárias previstas em leis ordinárias. *BVerfGE*, 25:167 (188). V. Jean-Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne*, 1982, p. 285; e Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 58-9.

⁸⁹ O art. 8º, § 3º, do ADCT da Constituição de 1988 prevê que cidadãos afetados por atos *discricionários* do Ministério da Aeronáutica, editados logo após o movimento militar de 1964, fazem jus a uma “reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”. Como a lei não viesse, o STF reconheceu a mora, fixou o prazo de sessenta dias para ultimização do processo legislativo e facultou ao impetrante da medida o recebimento da indenização, com base no direito comum (STF, *RDA*, 185:204, 1991, MI 283-5, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Solução semelhante, no sentido de conferir

de ver, no entanto, que a situação nesse caso é menos complexa, pela desnecessidade de criação de um ato normativo.

A segunda possibilidade de atuação judicial será normalmente adotada nas hipóteses em que a norma constitucional não seja auto-aplicável, inexistindo meio de concretizá-la sem a edição de um comando integrador. Nesse caso, é freqüente que os tribunais apenas declarem a inconstitucionalidade da omissão, constituindo em mora o órgão responsável pela frustração do cumprimento da norma constitucional. Esta é a prática jurisprudencial mais comum no direito brasileiro⁹⁰ e, bem assim, também no direito alemão, onde se desenvolveu a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Por não ser possível declarar a nulidade de uma lacuna, a decisão limita-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão legislativa⁹¹.

A terceira atuação possível é a menos comum, embora a mais eficiente para a tutela dos direitos subjetivos envolvidos. Reconhecida a omissão e a mora em saná-la, o tribunal formula, no âmbito do caso concreto que lhe é dado conhecer, a norma faltante e necessária para a resolução da controvérsia. O tribunal suprirá a lacuna com base na fórmula tradicional do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, utilizando a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Essa solução não é prestigiada no direito comparado. No Brasil, embora contando com amplo apoio doutrinário, há poucos precedentes nessa linha, um deles relatado por José Carlos Barbosa Moreira, quando desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁹².

auto-aplicabilidade à norma não regulamentada, foi seguida no MI 232-1 (STF, DJU, 27 mar. 1992, rel. Min. Moreira Alves).

90. De fato, este é o objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão: dar ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias (art. 103, § 2º). Sob ampla crítica, o STF equiparou o objeto do mandado de injunção ao da ação de inconstitucionalidade por omissão, no *leading case* representado pelo MI 107-3-DF (v., *infra*, a discussão sobre o tema).

91. Sobre o tema no direito alemão, em língua portuguesa, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1996, p. 202 e s.

92. TJRJ, DO, 29 abr. 1991, MI 6/90, rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira. Havendo omissão do legislador estadual em regulamentar a norma da Constituição estadual que previa licença sindical para dirigentes de sindicatos de servidores públicos, o tribunal deferiu o pedido de licença, aplicando analogicamente as regras vigentes no setor privado, adotadas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2.2.3. Da omissão parcial

A omissão parcial comporta a identificação de duas espécies: a chamada omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. Diz-se que a omissão é relativa quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia. Também aqui há três linhas possíveis de atuação judicial:

(a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação;

(b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias;

(c) a extensão do benefício à categoria dele excluída.

A primeira solução, embora encontre amparo na ordem constitucional, traria o inconveniente de universalizar a situação desvantajosa, em lugar de beneficiar os excluídos. É claro que, se a desequiparação fosse pela criação de um ônus para determinada categoria, e não um benefício, a declaração de inconstitucionalidade seria solução indiscutível. A segunda possibilidade já foi acolhida no Brasil, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mas sem fixação de prazo para o legislador⁹³. A terceira enfrenta dificuldades relativamente a princípios como separação de Poderes, legalidade, orçamento e reserva do possível. A posição tradicional da jurisprudência no Brasil é a de rejeição de pleitos dessa natureza com base na Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal⁹⁴,

93. STF, RTJ, 146:424, 1993, ADIn 529-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence. O STF reconheceu que a concessão de revisão de remuneração aos militares, sem contemplar os civis, caracterizava inconstitucionalidade por omissão parcial, em face do art. 37, X, da Constituição. Entendeu, todavia, não ter poderes para fixar prazo dentro do qual o legislador deverá sanar a omissão, sob pena de estender-se o benefício às demais categorias. *In verbis*: "A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei — seja ela absoluta ou relativa —, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra". Na Alemanha existe a figura do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*), sutilmente diferenciada da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, porque no caso do apelo a arguição é rejeitada, anunciando a corte, todavia, que uma situação *ainda* constitucional pode converter-se em um estado de inconstitucionalidade. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, 1996, p. 204.

94. Verbete n. 339 da Súmula da jurisprudência predominante do STF: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores púb-

que, todavia, abriu uma controvertida exceção a sua própria jurisprudência⁹⁵.

Um caminho possível, em situações como esta, seria a decisão judicial determinar a extensão do benefício à categoria excluída, a partir de um termo futuro. Poderia ser determinada data ou evento, como, por exemplo, o início do exercício financeiro seguinte. Essa fórmula permitiria a ponderação dos diferentes princípios envolvidos: de um lado, a separação de Poderes, a legalidade (o Legislativo, no intervalo, poderia inclusive prover sobre a questão), o orçamento e, de outro, a supremacia da Constituição e a isonomia.

Por fim, cabe uma referência à inconstitucionalidade por omissão parcial propriamente dita. Nessa hipótese, o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta. O exemplo típico no direito constitucional brasileiro tem sido a lei de fixação do salário mínimo, em valor que não satisfaz a exigência constitucional: ser capaz de atender as necessidades vitais básicas de um trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Sucedee, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade por ação da lei instituidora do reajuste periódico do salário mínimo traria consequências piores do que sua manutenção: ou o vácuo legislativo ou a restauração da lei anterior, fixadora de valor ainda mais baixo. Tal solução, portanto, há de ser rejeitada. Resta, tão-somente, a fórmula da declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, por ter o legislador se desincumbido de modo deficiente do mandato constitucional recebido. Essa é a linha assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹⁶.

blicos sob o fundamento de isonomia." V. também STJ, *DJU*, 5 abr. 1994, RMS 21.662-DF, rel. Min. Celso de Mello: "A extensão judicial em favor dos servidores preteridos do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado pelo legislador encontra obstáculo no princípio da separação de poderes. A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta".

95. *DJU*, 14 ago. 1998, AgRg em AI 211.422-PI, rel. Min. Maurício Corrêa. Neste caso, em sede de controle concreto por via de recurso em mandado de segurança (RMS 22.307-DF), o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial e estendeu aos servidores públicos civis reajuste que havia sido dado apenas aos militares, em violação do art. 37, X.

96. STF, *ADV*, 46:96, n. 76.099, p. 694, ADIn 1.458-7, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que

3. Outras classificações

A doutrina identifica, ainda, outras espécies de inconstitucionalidade, cuja diferenciação tem relevância didática ou prática. Dentre elas, as que classificam a inconstitucionalidade em total ou parcial, direta ou indireta e superveniente ou originária.

A inconstitucionalidade será *total* quando colher a íntegra do diploma legal impugnado. E será *parcial* quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, inclusive uma única palavra⁹⁷. A lei não perde, contudo, sua valia jurídica, por subsistirem outros dispositivos que lhe dão razão para existir. Como regra, será total a inconstitucionalidade resultante de vício formal, seja por defeito de competência ou de procedimento⁹⁸. A inconstitucionalidade material, por sua vez, poderá macular a totalidade do ato normativo ou apenas parte dele.

se revele incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Contudo, assiste ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional".

97. A decisão, todavia, não poderá subverter o sentido da norma. STF, *RTJ*, 159:111, 1997, ADInMC 896-DF, rel. Min. Moreira Alves: "[A Corte] não pode declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo".

98. Há, todavia, exceções. Uma lei ordinária pode ter, por exemplo, um específico dispositivo que trate, indevidamente, de tema reservado à lei complementar. Ou uma lei federal pode ter um artigo determinado que interfira, ilegítimamente, com competência legislativa estadual. V. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 49.

A inconstitucionalidade se diz *direta* quando há entre o ato impugnado e a Constituição uma antinomia frontal, imediata. Será *indireta* quando o ato, antes de contrastar com a Constituição, conflita com uma lei. O regulamento de execução que desborda dos limites da lei, por exemplo, conquanto importe em violação do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II), terá antes violado a lei que pretendeu regulamentar, configurando uma ilegalidade previamente a sua inconstitucionalidade. Por tal razão, a jurisprudência não admite controle de constitucionalidade de atos normativos secundários (inaptos para criar direito novo), de que são espécies, além do regulamento, as resoluções, instruções normativas e portarias, dentre outros⁹⁹. Em matéria de cabimento de recurso extraordinário por violação à Constituição, a regra é exigir que a afronta também seja direta, inadmitindo-se o recurso se ela for indireta¹⁰⁰.

Por fim, diz-se a inconstitucionalidade *originária* quando resulta de defeito congênito da lei: no momento de seu ingresso no mundo jurídico ela era incompatível com a Constituição em vigor, quer do ponto de vista formal ou material¹⁰¹. A inconstitucionalidade será *superveniente* quando resultar do conflito entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional, decorrente de uma nova Constituição ou de uma emenda. Como já assinalado, não existe no direito brasileiro inconstitucionalidade formal

99. STF, RDA, 183:132, 1991, 184:202, 1991, RTJ, 99:1362, 1982, RT, 655:215, 1990. Estando os atos normativos secundários subordinados à lei, que é o ato normativo primário, não se estabelece o confronto direto entre eles e a Constituição, descabendo ação direta de inconstitucionalidade.

100. STF, RTJ, 155:921, 1996, e RT, 717:299, 1995. Se, para chegar à alegada violação do preceito constitucional invocado, teve a recorrente de partir da ofensa à legislação infraconstitucional, a afronta à Constituição teria ocorrido de forma indireta, reflexa. Ora, somente a ofensa direta e frontal à Constituição, direta e não reflexa, é que autoriza o recurso extraordinário.

101. A doutrina tem rejeitado a possibilidade de uma lei, havendo nascido com vício de origem, vir a ser validada por emenda constitucional posterior. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com emenda constitucional superveniente, RDAC, 5:15, 2000, p. 34: “Logo, não é de admitir que Emenda Constitucional superveniente a lei inconstitucional, mas com ela compatível receba validação para o futuro. Antes, ter-se-á de entender que se o legislador *desejar produzir nova lei e com o mesmo teor, que o faça, então, editando-a novamente*, já agora — e só agora — dentro de possibilidades efetivamente comportadas pelo sistema normativo” (grifo no original). No mesmo sentido, v. Melina Breckenfeld Reck, Constitucionalização superveniente?, www.migalhas.com.br, visitado em 12 de agosto de 2005.

superveniente: a lei anterior subsistirá validamente e passará a ter *status* da espécie normativa reservada pela nova norma constitucional para aquela matéria. Já a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior, consoante orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal (v., *supra*).

V — MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A doutrina costuma identificar três grandes modelos de controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno: o americano, o austríaco e o francês¹⁰². Dessas matrizes surgiram variações de maior ou menor sutileza, abrigadas nos sistemas constitucionais de diferentes países. É possível sistematizar as características de cada um levando em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais, ordenados na classificação abaixo:

1. Quanto à natureza do órgão de controle
 - 1.1. Controle político
 - 1.2. Controle judicial
2. Quanto ao momento de exercício do controle
 - 2.1. Controle preventivo
 - 2.2. Controle repressivo
3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle
 - 3.1. Controle difuso

102. O modelo *americano*, cujo marco inicial é a decisão proferida em *Marbury v. Madison* (1803), tem por característica essencial o fato de o controle ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de sua função jurisdicional. O modelo *austríaco*, introduzido pela Constituição daquele país em 1920, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo pelo prestígio do Tribunal Constitucional Federal alemão, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio — a Corte Constitucional — ao qual se atribui competência para, concentradamente, manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, como regra geral, juízes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita a arguição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente. O modelo *francês* tem por traços fundamentais seu caráter não jurisdicional e prévio, sendo o controle exercido pelo Conselho Constitucional. Sobre o tema, v. Jackson e Tushnet, *Comparative constitutional law*, 1999; Louis Favoreu et al., *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, 1984; e François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 4 v., 1997.

3.2. Controle concentrado

4. Quanto à forma ou modo de controle judicial

4.1. Controle por via incidental

4.2. Controle por via principal ou ação direta

Veja-se, a seguir, breve comentário acerca de cada uma dessas modalidades.

1. Quanto à natureza do órgão de controle

1.1. Controle político

A expressão controle *político* sugere o exercício da fiscalização de constitucionalidade por órgão que tenha essa natureza, normalmente ligado de modo direto ao Parlamento. Essa modalidade de controle costuma ser associada à experiência constitucional francesa. De fato, remonta ao período revolucionário o empenho em criar um órgão político de controle de constitucionalidade¹⁰³. Razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e dos tribunais, com a conseqüente adoção de um modelo rígido de separação de Poderes. Daí a rejeição à fórmula do controle judicial¹⁰⁴.

A Constituição francesa em vigor, instituidora da V República, em 1958, criou o Conselho Constitucional (v., *supra* e *infra*), composto de nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, tendo ainda como membros natos os ex-Presidentes da República. Como regra, o Conselho se manifesta previamente à promulgação de determinadas leis, não

103. Coubé e Sieyès propor ao constituinte de 1795 a criação de um *jurie constitutionnaire*, composto por 180 membros designados pela Assembléia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A idéia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VIII, foi criado o *Sénat Conservateur*, com oitenta membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida” (Raul Machado Horta, *Curso de direito constitucional*, 2003, em afirmação baseada em Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, v. 1, 1921, p. 597). Após a 2ª Guerra Mundial, com a Constituição de 1946, foi criado o *Comité Constitutionnel*, composto pelos Presidentes da República, da Assembléia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembléia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembléia Nacional exigia uma revisão da Constituição.

104. Sobre o ponto, v. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 96-7.

tendo o poder de declarar inconstitucionais quaisquer diplomas legais já vigentes. Embora o modelo francês seja freqüentemente referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis¹⁰⁵, afigura-se mais apropriada a designação de controle não judicial¹⁰⁶. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel* — junto com o caráter prévio de sua atuação. Quanto ao mais, tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação *jurídica* de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais européias.

No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial — isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma —, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo — e. g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade — como no do Poder Legislativo — e. g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade. O assunto será tratado mais à frente.

1.2. Controle judicial

Como visto, o controle judicial de constitucionalidade teve origem no direito norte-americano, tendo se consolidado e corrido mundo a partir da decisão da Suprema Corte no caso Marbury v. Madison, julgado em 1803. Embora herdeiro da tradição inglesa do *common law*, o direito constitucional americano não acolheu um dos fundamentos do modelo britânico, a *supremacia do Parlamento*, cujos elementos essenciais foram assim caracterizados por Dicey, em página clássica:

- (i) poder do legislador de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não;
- (ii) ausência de distinção jurídica entre leis constitucionais e ordinárias;

105. Francisco Fernández Segado, Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad, in *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 1997.

106. Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 1999, por fundamento diverso, defende o emprego da expressão *controle não jurisdicional*, afirmando: “Acoimou-se de impróprio o termo ‘político’ porque, a rigor, político é todo órgão estatal dotado de autonomia de decisão outorgada diretamente pela Constituição”. Nesse sentido, sustenta o autor, também os juízes e tribunais, por sua atuação independente e não hierarquizada, são órgãos políticos.

➤ (iii) inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo ou inconstitucional¹⁰⁷.

➤ No sistema americano, justamente ao contrário, o princípio maior é o da *supremacia da Constituição*, cabendo ao Judiciário o papel de seu intérprete qualificado e final¹⁰⁸. A lógica do *judicial review*, conquanto engenhosa em sua concepção, é de enunciação singela: se a Constituição é a lei suprema, qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais, portanto, diante da situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão optar pela primeira. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.

➤ A técnica do controle de constitucionalidade somente ingressou na Europa com a Constituição da Áustria, de 1920, seguindo a concepção peculiar de Hans Kelsen. Adotou-se ali uma fórmula distinta, com a criação de órgãos específicos para o desempenho da função: os tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário. O modelo se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique)¹⁰⁹.

➤ No Brasil vigora o controle judicial, em um sistema eclético que combina elementos do modelo americano e do europeu continental.

107. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 1950, p. 90-1; Raul Machado Horta, *Curso de direito constitucional*, 2002, p. 147.

108) Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1985, p. 50-1: "La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió".

109. A propósito, v. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. 2, 1996, p. 383 e s.; e Gustavo Binbenjón, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2001, p. 39-40.

2. Quanto ao momento de exercício do controle

2.1. Controle preventivo

➤ Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. É, como visto, o modo típico de atuação do Conselho Constitucional francês¹¹⁰, sendo também adotado em Portugal¹¹¹. No Brasil há, igualmente, oportunidade para o controle prévio, de natureza política, desempenhado:

➤ (i) pelo Poder Legislativo, no âmbito das comissões de constituição e justiça, existentes nas casas legislativas em geral, que se manifestam, usualmente, no início do procedimento legislativo, acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação¹¹²;

➤ (ii) pelo Poder Executivo, que poderá apor seu veto ao projeto aprovado pela casa legislativa, tendo por fundamento a inconstitucionalidade do ato objeto de deliberação, impedindo, assim, sua conversão em lei (como

110. Constituição francesa, art. 61: "As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Assembléias parlamentares, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição. Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deverá se pronunciar dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo será de oito dias. Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação".

111) Constituição portuguesa, arts. 278 e 279. A "apreciação preventiva" da constitucionalidade pode ser requerida pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelos Ministros da República ou um quinto dos Deputados à Assembléia da República, conforme a natureza do ato normativo em questão. Sobre o tema, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 872: "[No caso português] trata-se de uma verdadeira decisão jurisdicional sobre a constitucionalidade de projectos de actos normativos".

112. O art. 58 da Constituição Federal prevê que o Congresso Nacional e suas casas terão comissões permanentes, com as atribuições previstas em seus regimentos. Sobre a comissão de constituição e justiça, v. Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 32, III) e do Senado Federal (art. 101).

regra, uma lei nasce com a sanção, isto é, com a anuência do Chefe do Executivo ao projeto aprovado pelo Legislativo)¹¹³.

Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, *em sede judicial*, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional¹¹⁴.

2.2. Controle repressivo

Controle repressivo, sucessivo ou *a posteriori* é aquele realizado quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia. No direito brasileiro, como regra, esse controle é desempenhado pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos, através de procedimentos variados, que serão estudados oportunamente. Há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional). Em qualquer caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário.

O controle judicial no Brasil, no que diz respeito ao órgão que o exerce, poderá ser difuso ou concentrado e, no tocante ao modo em que suscitada a questão constitucional, poderá se dar por via incidental ou principal.

3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle

3.1. Controle difuso

Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle judicial de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o contro-

113. Constituição Federal, art. 66, § 1º: "Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto".

114. V. *RTJ*, 99:1031, 1982, MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves; *RDA*, 193:266, 1993, MS 21.747, rel. Min. Celso de Mello; *RDA*, 191:200, 1993, MS 21.642, rel. Min. Celso de Mello; *RTJ*, 165:540, 1998, MS 21.648, rel. Min. Ilmar Galvão.

le é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não-aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. A origem do controle difuso é a mesma do controle judicial em geral: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, em 1803.

De fato, naquela decisão considerou-se competência própria do Judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento¹¹⁵.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.

3.2. Controle concentrado

No sistema *concentrado*, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal. É o modelo dos tribunais constitucionais europeus, também denominado sistema austríaco. Foi adotado pela primeira vez na Constituição da Áustria, de 1920, e aperfeiçoado por via de emenda, em 1929.

Em sua formulação típica, o controle concentrado, exercido por cortes constitucionais, expressava convicções doutrinárias de Hans Kelsen, seu idealizador, e que eram diversas das que prevaleceram nos Estados Unidos¹¹⁶. Além disso, duas outras razões fático-jurídicas induziram ao

115. V. Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 77.

¹¹⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2001, p. 869: "A idéia de um controlo concentrado está ligado o nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na constituição austríaca de 1920 (posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929). A concepção kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* ame-

desenvolvimento de um modelo alternativo nos países continentais europeus: a) a inexistência de *stare decisis* em seus sistemas judiciais; b) a existência de magistratura de carreira para a composição dos tribunais.

Como se sabe, nos países que seguem a tradição do *common law*, em contraposição aos que se filiam à família romano-germânica, existe a figura da *stare decisis*. Esta expressão designa o fato de que, a despeito de exceções e atenuações, os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição¹¹⁷. Disso resulta que a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não-aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*).

Como essa não era a regra vigente nos sistemas judiciais europeus, optou-se pela criação de um órgão específico — um tribunal constitucional — para o desempenho de competência dessa natureza e alcance. Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juízo constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema. E vem daí o segundo fundamento para a decisão de se criar um órgão que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário: o tribunal constitucional não deveria ser composto por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado¹¹⁸.

ricana: o controlo constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Vereinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma actividade judicial”.

117. Bryan A. Garner (editor), *Black's law dictionary*, 1996: “The doctrine of precedent, under which it is necessary for courts to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation” (Doutrina do precedente, pela qual impõe-se a juízes e tribunais seguir a orientação firmada em decisões judiciais anteriores sempre que a mesma questão surja em uma nova demanda.).

118) Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 1984, p. 89-90: “A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, eqüitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes — pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das

O modelo, como já assinalado anteriormente, foi amplamente seguido pelos países da Europa. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, também chamada de ação genérica. Isto porque já existia no sistema brasileiro a ação interventiva, igualmente de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal, que figurava como pressuposto da decretação da intervenção federal nos Estados, em determinados casos.

4. Quanto à forma ou modo de controle judicial

4.1. Controle por via incidental

Diz-se controle incidental ou *incidenter tantum* a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio¹¹⁹. A declaração incidental de inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que é a de aplicar a lei contenciosamente¹²⁰.

escolhas que ela necessariamente implica — da atividade do legislador e do homem de governo que dos juízes comuns: de maneira que pode-se bem compreender como Kelsen na Áustria, Calamandrei na Itália e outros não poucos estudiosos tenham considerado, ainda que, erradamente, em minha opinião, dever falar aqui de uma atividade de natureza legislativa (*Gesetzgebung* ou, pelo menos, *negative Gesetzgebung*) antes que de uma atividade de natureza propriamente jurisdicional”.

119. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2003, p. 29: “O segundo critério (critério formal) permite distinguir: um sistema de controle por via *incidental*, em que a questão da constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a caso concreto, como questão prejudicial, que se resolve para assentar uma das premissas lógicas da decisão da lide; e um sistema de controle por via *principal*, no qual essa questão vem a constituir o objeto autônomo e exclusivo da atividade cognitiva do órgão judicial, sem nexo de dependência para com outro litígio”.

120. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1967, p. 23.

→ O controle incidental é por vezes referido, também, como controle por *via de exceção ou defesa*, porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor, o que se tornou mais freqüente com a ampliação das ações de natureza constitucional, inclusive e notadamente pelo emprego do mandado de segurança, tanto individual como coletivo.

→ Não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental — realizado na apreciação de um caso concreto — e o controle difuso — desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado (v., *infra*).

4.2. Controle por via principal ou ação direta

→ Ao contrário do controle incidental, que segue a tradição americana, o controle por via *principal* é decorrente do modelo instituído na Europa, com os tribunais constitucionais. Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

→ A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional — e não de defesa de interesses —, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição. Todavia, poderá servir, também, para a declaração pela corte constitucional da inconstitucionalidade de uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Lei Maior.

→ O controle por via principal é associado ao controle concentrado e, no Brasil, terá normalmente caráter abstrato, consistindo em um pronuncia-

mento em tese⁽¹²⁾. Contudo, assim como controle incidental e difuso não são sinônimos, tampouco se confundem a fiscalização principal e concentrada. É certo que, como regra, há no direito brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal. Ao contrário, nos países europeus existem exemplos nos quais ocorrerá controle concentrado, exercido pelo tribunal constitucional, mas por via incidental⁽¹²⁾.

VI — LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE¹²³

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, embora não tenha sido totalmente igno-

⁽¹²⁾ Configura exceção a denominada ação direta interventiva, titularizada pelo Procurador-Geral da República, cujo acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal é requisito de admissibilidade para a intervenção federal. Nesse caso, a manifestação não é em tese, mas *in concreto*. V. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 76.

⁽¹²⁾ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2003, p. 30: “Características ecléticas apresentam os sistemas atuais de controle na Itália e na República Federal da Alemanha, que reconhecem a um único órgão judicial competência para apreciar a questão da constitucionalidade, mas lhe deferem o exercício dessa competência quer por via *principal* (mediante provocação de algum legitimado), quer por via *incidental*, a propósito de caso concreto, sujeito à cognição de qualquer outro órgão judicial, que submete a questão à Corte Constitucional, a fim de que esta a resolva com força vinculativa, ficando suspenso, nesse meio-tempo, o processo em que se suscitou a questão. Na mesma corrente insere-se a nova Constituição espanhola, de 1978 (arts. 161 a 163)”.

123. O tema é objeto de volumosa literatura nos Estados Unidos. Vejam-se, exemplificativamente: John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980; Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch*, 1986; Charles Black Jr., *The people and the court*, 1960; Herbert Wechsler, Towards neutral principles of constitutional law, *Harvard Law Review*, 73:1, 1959; Robert Bork, Neutral principles and some first amendment problems, *Indiana Law Journal*, 47:1, 1971; Bruce Ackerman, Beyond Carolene Products, *Harvard Law Review*, 98, 1985; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997; Edwin Meese III, The law of the Constitution, *Tulane Law Review*, 61:979, 1987; Rebecca I. Brown, Accountability, liberty, and the Constitution, *Columbia Law Review*, 98:531, 1998. Na doutrina europeia, vejam-se: Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1997; Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, 2 v., 1997; Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, 1997; Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1991. No Brasil, vejam-se: Willis Santiago Guerra Filho, Derechos fundamentales, proceso y principio da proporcionalidad, *Separata de Ciência Tomista*, Salamanca, t. 124, n. 404, 1997; Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999; Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição constitu-*