



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de
Direito Público, como
requisito para conclusão
da Escola de Formação
2007.

Aluna: Luciana Sater de Andrade
Orientador: Dimitri Dimoulis

São Paulo
2007

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. METODOLOGIA	4
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	8
3.1. A CORTE CONSTITUCIONAL	10
3.2. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
4. CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS	13
4.1. A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO E AS NORMAS A ELA PRÉ-EXISTENTES.....	14
4.2. CONTROLE CONCENTRADO DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS	17
4.2.1. CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADIN	19
4.2.1.1 ANÁLISE DO LEADING CASE – ADIN-02.....	20
4.2.1.1.1. POSIÇÃO A FAVOR DA TESE DE REVOGAÇÃO	21
4.2.1.1.2. POSIÇÃO A FAVOR DA TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS	27
4.2.1.2. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE.....	35
4.2.2. CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF	47
4.3. CONTROLE DIFUSO DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS	53
4.4. A MESMA PROBLEMÁTICA PARA O CASO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS	55
5. CONCLUSÃO.....	59
6. BIBLIOGRAFIA	63
ANEXO 1.....	65

1. INTRODUÇÃO:

A idéia de se estudar essa matéria surgiu quando num debate, me deparei com um problema e não sabia como enfrentá-lo. Estava no ar a dúvida formada: como saber se certa norma editada antes de 1988 era compatível com a nova Constituição. Cada um dos presentes a discussão dava sua opinião apontando traços de constitucionalidade ou de conflito com a atual Constituição, impossibilitando uma conclusão sobre o tema. Se entre nós tal dúvida só poderia ser suscitada e debatida, pensamos que caberia ao Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional que é, fornecer a resposta para essa e outras questões similares. Entretanto, foi quando um dos presentes revelou a informação de que não caberia tal controle por via direta, sendo caso de mera revogação, só podendo ser apreciado pelo Supremo pela via difusa, chegando a nível de recurso com apreciação restrita a algum caso concreto.

Choquei-me, num primeiro momento, com essa posição adotada pelo STF o que me intrigou a pesquisar a veracidade de tal informação, o porquê desta postura pela Corte, e quais as conseqüências dessa postura.

Foi assim que surgiu o presente trabalho, no qual procuro explorar primeiramente o papel de uma corte constitucional, e como o STF se coloca no cenário brasileiro. Em segundo lugar, exploro as formas de controle possíveis para as normas pré-constitucionais, dividindo essa análise em dois tópicos diversos para tratar de um lado do controle difuso e de outro do controle concentrado. No tocante a essa última forma de controle cumpre ressaltar a extensa jurisprudência da Corte sobre o tema, para ver como era o posicionamento anterior e se ele permaneceu até hoje. Por fim, uma inovação da nossa Constituição de 1988, qual seja, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental mereceu um tópico especial por ser um instituto que inovou nessa seara. Além dessa estrutura em que se fixou o trabalho, dando-se ênfase sempre à Jurisprudência da Corte, finalizei o estudo com um posicionamento pessoal acerca do tema, além de preencher o trabalho com ensinamentos doutrinários para enriquecer o conteúdo aqui apresentado e com tabelas ilustrativas dos dados colhidos.

2. METODOLOGIA:

Finalizada a idéia de estudar o controle constitucional feito pelo STF sobre as normas pré-constitucionais, tentei desenvolver uma estrutura de trabalho que ao longo do tempo sofreu diversas modificações.

Um relato de tal experiência se faz necessário para que se compreenda como restou a elaboração final do presente estudo.

Após uma primeira busca superficial no sitio do STF, no campo de pesquisa de Jurisprudência, localizado em <http://www.stf.gov.br/>, encontrei cerca de 114 documentos relacionados com o tema. Essa primeira busca me permitiu um contato inicial com o tema, e a partir da leitura de alguns acórdãos confirmei a minha escolha por ele. Encontrei a ADIN nº2, um verdadeiro *leading case* sobre o assunto, e ao término da leitura dela, pude ter certeza que a abordagem escolhida seria rica em argumentos e em posições diversas, seja dos ministros do STF ou da própria doutrina. Por ser, então, um tema que permitiria posições antagônicas, jurisprudência de quase um século, divergência recente no Supremo, e que abriria espaço para novos questionamentos atuais, escrevi meu pré-projeto, mas ainda sem ter fixado a estrutura metodológica em que o projeto final se fixaria.

A etapa que se seguiu foi o mapeamento dos acórdãos que seriam utilizados. Foram selecionados apenas acórdãos do sítio do STF, uma vez que me interessava analisar também os argumentos e contra-argumentos dos ministros que defendiam ou negam a possibilidade de controle constitucional pela Corte das normas pré-constitucionais. Não houve recorte temporal, ou seja, foram analisados todos os acórdãos desde 1988 resultantes da busca no sitio com as diversas combinações dos termos utilizados.¹

¹ Um breve comentário sobre o sítio do STF. Os acórdãos só são analisados nesse processo de busca eletrônica com base nas palavras do texto da ementa. Ou seja, se certo termo utilizado para a pesquisa não se encontra na ementa, e apenas no corpo do texto dos votos do acórdão, o sistema de busca não selecionará aquele determinado acórdão. Informação que se faz necessária para delimitar com clareza quais os documentos que puderam ser achados e, portanto selecionados para o trabalho, e que realça a importância de uma boa elaboração do texto da ementa.

Foram realizadas ao todo cinco pesquisas de busca no referido sítio. A primeira pesquisa contou com os termos "revogação" e "anterior" e "inconstitucionalidade", realizada no dia 07/09/2007, resultando em 117 documentos, dos quais 46 foram selecionados por estarem relacionados com o tema.

A segunda pesquisa foi realizada no dia 20/09/2007 com base nos termos "recepção" e "anterior" e "inconstitucionalidade", resultando em 41 acórdãos dos quais 34 foram selecionados.

A terceira pesquisa contou com os termos "revogação" e "anterior" e "constitucionalidade", feita em 22/09/2007, resultando em 44 documentos dos quais apenas 15 foram selecionados.

A quarta pesquisa, realizada em 06/10/2007, contou com os termos "recepção" e "anterior" e "constitucionalidade" cujo resultado foi de 30 acórdãos, sendo 22 os selecionados.

Por fim, foi realizada uma quinta pesquisa no dia 07/10/2007, com os termos "ADI" e "revogação" e "CF/88" e "anterior", de modo a se realizar uma checagem final dos documentos, a fim de não se perder nenhum acórdão correlacionado com esse tema. Dela resultaram apenas documentos que já haviam sido selecionados, e por isso tal pesquisa nem entrará no banco de dados desse trabalho.

De todos os documentos selecionados, temos um total de 116 acórdãos, e retirados os repetidos restou-nos apenas 82, e todos serão analisados ou ao menos citados nesse trabalho.

Em resumo temos:

PESQUISA					
	1	2	3	4	TOTAL
RESULTADO	117	40	44	30	231
SELECIONADOS	46	33	15	22	116
Documentos únicos:					82

Os 82 documentos únicos foram separados com fins metodológicos e serão apresentados em diferentes capítulos do presente trabalho. Ficaram assim divididos:

DOCUMENTO SELECIONADO:	ADIN	ADPF	RECURSOS
TOTAL:	34	3	45

Dessa forma, os recursos serão usados no capítulo que pretende analisar o controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais por via de ação difusa. Já as ADPFs e as ADINs foram subdividas para melhor compreensão de cada uma das vias de controle concentrado. Dentro das ADINs, o *leading case* foi esmiuçado por ter imensa importância tanto metodológica quanto argumentativa para fundamentar ou negar o controle de constitucionalidade das referidas normas pré CF/88 por essa via.

Pretendeu-se, ainda, no início do trabalho uma análise didática dos termos utilizados, principalmente para se diferenciar o fenômeno da recepção do da inconstitucionalidade.

Outros dados foram acrescentados com rigor na pesquisa de suas fontes, inclusive com a citação de outros acórdãos anteriores a promulgação da atual Constituição, a fim de serem usados com fins exemplificativos.

Cumpramos ressaltar ainda que ao longo da pesquisa, descobri outro ponto que desperta atualmente a importância desse tema. Com a promulgação de mais de 50 emendas Constitucionais até hoje, todas as normas que se reportavam àquele antigo texto da Constituição situam-se no nosso

ordenamento como se fossem normas pré-constitucionais (porque anteriores àquele texto constitucional que foi reformulado), sendo por analogia, a mesma discussão aqui estabelecida, aplicável também a essas normas editadas pós 1988. Com isso, o problema proposto nesse trabalho se mostra ainda atual, confirmando-se, assim, a importância da sua discussão.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

O princípio da supremacia constitucional constitui alicerce em que se assenta o Estado Democrático de Direito. As Constituições, sejam escritas ou costumeiras, rígidas ou flexíveis, são dotadas de superioridade sobre as demais normas jurídicas de determinado país, o que significa dizer, nas palavras de José Afonso da Silva, *"que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, (...). É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos: é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas"*.²

Essa incontroversa primazia da Constituição estaria irremediavelmente perdida se ausente um sistema de repressão aos atos normativos do poder público que a contrariassem, e se inexistente ou ineficaz fosse o controle de constitucionalidade das leis dela derivadas.

As modalidades para que se processe essa fiscalização são diversas, o que nos leva a um recorte do tema, para ser analisado dentro do ordenamento brasileiro apenas.

O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, como consequência lógica do sistema constitucional rígido vigente, pode ser confiado tanto a um órgão jurisdicional, quanto a um órgão político. Define-se o controle de constitucionalidade como o ato intelectual de submeter certa norma ou ato a uma verificação com o parâmetro constitucional em vigor (em seu aspecto formal ou material), de modo que se impeça a entrada ou permanência no sistema jurídico daqueles que com ele forem incompatíveis. Dessa forma, conforme nos ensina Dimitri Dimoulis,³ uma autoridade estatal denominada "fiscal da Constituição" toma uma das seguintes decisões: (i) impede a criação de um dispositivo jurídico; (ii) deixa de aplicar um dispositivo

² José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.47.

³ Cf. Dimitri Dimoulis "Onze teses sobre o controle de constitucionalidade", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2 (2207) Ed.Fórum.

jurídico; (iii) declara que um dispositivo não faz (ou deve deixar de fazer) parte do sistema jurídico; (iv) declara que a ausência de certo dispositivo constitui violação dos deveres funcionais da autoridade legisladora, desencadeando outras conseqüências jurídicas.

Percebe-se, portanto, que diversos são os caminhos para que se expurgue do ordenamento normas incompatíveis com a Magna Carta, incompatibilidade essa que se traduz na figura da inconstitucionalidade. Aferre-se a referida inconstitucionalidade, como já mencionado, de diversas maneiras, situadas em etapas distintas, que não se excluem e podem coexistir. Cumpre, porém, ressaltar que o presente trabalho se propõe exclusivamente a uma análise do controle de constitucionalidade que se dá dentro do Poder Judiciário. Isso não significa dizer que as decisões tomadas pelo Executivo, como o veto presidencial, ou pelos participantes do processo legislativo, que, por exemplo, se opõe ao seguimento de um projeto de lei, sejam de menor importância. Apenas se quer concentrar os esforços analíticos, de modo a esmiuçar o papel de Corte Constitucional concedido ao Supremo Tribunal Federal.

3.1. A CORTE CONSTITUCIONAL:

O órgão da cúpula do Judiciário, tal como conhecido hoje, surge juntamente com a República no nosso país. A denominação "Supremo Tribunal Federal" foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.⁴

A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891 dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59, e foi pioneira ao instituir o controle de constitucionalidade das leis, ou seja, o poder para declarar constitucional ou inconstitucional certa lei. Contudo, só se permitia esse controle por via incidental. Foi apenas em 1965 que o STF se firmou também como órgão jurisdicional competente para exercício do controle abstrato⁵ por via principal.

Observa-se ainda que, desde a primeira Carta Magna republicana confiou-se ao Supremo a função de guarda maior da Constituição, o que levou o ilustre Rui Barbosa em 1892 a afirmar, em sustentação oral perante a Excelsa Corte que:

*"Nós, os fundadores da Constituição, não queríamos que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isso fizemos deste tribunal o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores da Razão do Estado, resumimos-lhe a função específica nesta idéia. Se ela vos penetrar, e apoderar-se de vós, se for, como nós concebíamos, como os Estados Unidos conseguiram, o princípio animante deste tribunal, a revolução republicana estará salva. Se, pelo contrário, se coagular, morta no texto, como o sangue de um cadáver, a Constituição de 1891 estará perdida."*⁶

⁴ Dados retirados do sítio do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) no campo "Histórico". Acessado em 01/10/07.

⁵ A diferenciação das formas de controle de constitucionalidade se encontra no tópico 3.2 desse mesmo trabalho.

⁶ Oscar Dias Corrêa. *O supremo tribunal federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.6.

Portanto, o que se espera de um tribunal que recebeu a incumbência de ser o guardião da Constituição, é que ele se converta num verdadeiro executor da vontade constituinte, exerça o controle dos atos do poder constituinte derivado e se transforme no mais autêntico intérprete da Lei Maior. Somente cumprindo essa sua missão, é que se poderá garantir a efetividade da Lei Suprema, de modo a coibir a febre por reformas constitucionais que tanto têm comprometido nossa estabilidade constitucional, já que a história do constitucionalismo brasileiro é marcada por um defeito comum de seus governantes, que procuram adaptar o texto constitucional a seus programas de governos, ao invés de procederem ao contrário.⁷

⁷ Cf. Fernando Luiz Ximenes Rocha, *Controle de constitucionalidade das leis municipais*. 2.ed. São Paulo:Atlas, 2003. P. 84-85

3.2. FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

O constituinte de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a condição de Corte Constitucional do Brasil, como indica o *caput* do art. 102⁸ da Constituição Federal. A função precípua do STF é de guarda da Constituição, e isto inspira as suas competências.

Realiza, dessa forma, o controle de constitucionalidade das leis, podendo se manifestar por duas vias: principal ou incidental.

Com efeito, é ele que exerce o *controle concentrado* de constitucionalidade, por via principal, já que lhe cabe processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade, as declaratórias de constitucionalidade e as de inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, a ele é dado julgar, também, em sede de recurso extraordinário as decisões que houverem declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, as que contrariem dispositivo da Constituição, ou ainda as que julgaram válida lei local contestada em face da Lei Magna Federal. Desse modo, o controle incidental decorre de um sistema jurídico que permite o *controle difuso* da constitucionalidade, permitindo a qualquer juiz de direito realizá-lo, mas deixando, por via recursal, a última palavra ao Supremo.

Há, pois, uma correlação verdadeira no Brasil onde a fiscalização difusa é suscitada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa) e a concentrada é provocada por via de ação (principal).⁹

⁸ Art. 102 caput CF/88: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:"

⁹ Cf. Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995. P. 61

4.CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS:

Nesse tópico reside o problema central que esse trabalho se propôs a enfrentar. O que pode ser objeto de controle de constitucionalidade? De modo geral, toda norma que contrarie algum dispositivo constitucional, ou que suscite dúvidas sobre sua constitucionalidade. Dessa forma, a inconstitucionalidade pode ser suscitada em via incidental, cabendo ao Supremo manifestar-se acerca de certa norma e de sua constitucionalidade àquele caso concreto, ou em via direta, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)¹⁰, da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIN-omissão), ou ainda por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Entretanto, como proceder, quando a norma impugnada como inconstitucional foi promulgada antes da Constituição de 1988?

Essa é a pergunta que se pretende responder, e dela outra decorre: deveria haver diferença de tratamento para as normas pré-constitucionais em relação às promulgadas pós 88? Em caso de resposta afirmativa, em que residiria tal diferenciação?

Para respondermos a essas indagações e a outras que aparecerão ao longo do trabalho, cumpre, além de um estudo doutrinário sobre o tema que permeará o trabalho, uma análise esmiuçada da Jurisprudência da mais alta Corte Constitucional do país, para se saber como ela se portou e como se porta diante da questão, e como justifica a sua postura.

¹⁰ A outrora chamada representação de inconstitucionalidade (Rep.) foi substituída pela ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), prevista no art. 102,I,a da CF/88, que pode ter por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual, e cujo rol de legitimados foi substancialmente ampliado, nos termos do art. 103, além de estar regulada pela lei nº 9.868/99.

4.1. A SUPERVENIÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO E AS NORMAS A ELA PRÉ-EXISTENTES:

Seria incongruente e muito penoso que uma nova ordem constitucional, decorrente da elaboração de uma nova Constituição, destruísse todo o direito infraconstitucional anterior¹¹. Por isso é que há a **recepção** do direito anterior, a qual permite a continuidade da legislação ordinária anterior, contanto que sejam normas compatíveis com a nova ordem. No dizer de Pontes de Miranda temos o Princípio da Continuidade da Legislação o qual *"a despeito da mudança de Constituição, apenas traduz a necessidade de se evitar o 'vazio jurídico' (o vácuo); a anterioridade não se impõe contra as regras posteriores que sejam contrárias às anteriores, mas enche o que, no tempo futuro, está vazio"*.¹²

Bobbio também adentra o tema da recepção para nos ensinar que:

*"É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade (do ordenamento jurídico); ela é um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o ordenamento novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. A resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho, mas também o velho que se trasvaza no novo e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento, passa para o novo e apenas alguns princípios fundamentais referentes à Constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre à figura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho (...). A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma"*¹³

¹¹ Vale mencionar que o Brasil, em sua história, já conta com elevado número de Constituições, totalizando oito, contra, por exemplo, apenas uma dos Estados Unidos da América. Constituições Brasileiras: 1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967; 1969; 1988.

¹² Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969*. São Paulo: Forense, 1987, Tomo VI, p. 379.

¹³ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: UNB, 1999. p.177

Com isso se conclui que as normas anteriores contrárias à nova Constituição não subsistem¹⁴, mesmo em relação às normas programáticas, enquanto que as compatíveis continuam em vigor, pelo processo da recepção legislativa. Entretanto, essa análise de subsunção de uma norma com o novo parâmetro constitucional que pressupõe uma compatibilidade não tem um processo jurídico especial, ou seja, não são todas as normas anteriores colocadas em juízo para que um juiz ou tribunal declare que ela foi ou não recepcionada, no instante inicial da vigência da nova Constituição. Isso significa, num primeiro momento, que essas normas compatíveis adentram o ordenamento jurídico, a não ser que sejam flagrantemente contrárias aos novos preceitos constitucionais. Entretanto, essa relação de incompatibilidade ou compatibilidade vertical implica uma relação de caráter normativo-valorativo e não simplesmente lógico-formal, o que afasta no mais das vezes situações de flagrante incompatibilidade. Assim, resta-nos indagar se **será possível** um controle de constitucionalidade delas num momento posterior a entrada em vigor da nova Constituição, e **como** se daria tal controle. Se a ordem jurídica não permitir esse controle *a posteriori*, estaríamos diante de uma certa norma recepcionada para sempre, cabendo apenas ao juiz, casuisticamente, afastá-la, se no seu entender, apenas, ela não tenha sido recepcionada? Ou estaríamos após essa recepção, na espera de uma atuação do Legislativo, para que ele editasse outra norma que revogasse expressamente aquela recepcionada?

Outro ponto importante de questionamento desse tema surge se lembrarmos do enorme número de medidas provisórias que alteram, substancialmente, muitas vezes, o conteúdo das normas constitucionais, ou seja o parâmetro constitucional que serviu em 1988 como referência para recepção ou não das normas anteriores a essa data. Ressalta-se, por fim, que ao longo do tempo, ainda que não se verifique a alteração literal dos dispositivos constitucionais, por vezes, há a modificação da interpretação de

¹⁴ Essa incompatibilidade entre a norma anterior e a constituição superveniente permeará muito desse trabalho, pois ela pode indicar mera hipótese de revogação, ou pode ser que essa incompatibilidade se traduza em hipótese de inconstitucionalidade, que então, seria superveniente. Ao longo do trabalho esse tópico será detalhado em minúcias.

um certo dispositivo, ou ainda, conflito em relação a qual seria a mais correta interpretação, já que uma mesma norma/dispositivo pode despertar mais de uma interpretação de seu conteúdo, razão pela qual existe, por exemplo, a Ação Direta de Constitucionalidade e a chamada "Interpretação Conforme" desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Com isso, se pretende mostrar que de alguma forma deve haver um controle sobre as normas anteriores à Constituição, por questões de segurança jurídica e social.

4.2. CONTROLE CONCENTRADO DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS:

A legislação pré-constitucional, não sendo colidente com a nova Constituição continua vigorando, ainda que tenha perdido seu fundamento de validade. Uma vez recepcionadas, as normas pré-constitucionais harmonizam-se com a Constituição Superveniente, de modo que serão lidas, interpretadas e compreendidas de acordo com os princípios, ideologias, fundamentos e objetivos da nova ordem constitucional introduzida.

É importante notar que o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, ainda que o fundamento de toda a ordem jurídica tenha mudado. Kelsen relata exatamente esse processo em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*:

"A recepção é um procedimento abreviado de criação do Direito. As leis que, na linguagem comum, inexata, continuam sendo válidas são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas cuja significação coincide com a das velhas leis. Elas não são idênticas às velhas leis, porque seu fundamento de validade é diferente. O fundamento de sua validade é a nova Constituição, não a velha".¹⁵

Todavia, estabelecida uma nova ordem constitucional, verifica-se um processo positivo, supra relatado e denominado de recepção, e outro, negativo que consiste em tornar ineficazes, inoperantes as normas que lhe sejam desconformes, que colidam ou conflitem com a Nova Lei Fundamental, chamado por alguns de revogação e por outros de inconstitucionalidade superveniente.

É de suma importância a diferenciação desses dois conceitos, de modo que a adoção de um frente a outro é a **justificativa** para haver ou não um controle concentrado das normas pré-constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal entende que temos clara hipótese de REVOGAÇÃO da legislação anterior quando incompatível com a nova Constituição. Proclama, reiteradamente, que não se deve cogitar de

¹⁵ Hans Kelsen. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. De Luiz Carlos Borges, 1.ed., Brasília: Brasileira, 1990, p.122.

inconstitucionalidade, impossibilitando, portando, via de regra, o controle concentrado de constitucionalidade dessas normas.

Se tão fácil fosse a solução dessa questão, esse trabalho perderia sua razão de ser. Porém, primeiramente, se faz necessário uma análise da jurisprudência do STF ao longo dos anos, especialmente pós CF/88, de modo a se entender o porquê da Corte decidir dessa maneira. Após esse primeiro momento, cabe ainda, a percepção de que no *leading case* sobre o tema (ADIN-02) não foi tomada decisão por unanimidade, e a tese vencida, ainda que sem efeitos jurídicos, foi capaz de levantar uma reflexão sobre o tema, o que abre uma possibilidade, juridicamente possível e plausível, para a existência do controle concentrado das referidas normas. Um terceiro ponto importante se perfaz com a criação da lei 9882/99¹⁶ que instituiu a Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF), uma ação de via principal, que prevê expressamente a hipótese de se levar ao Supremo a apreciação, por via concentrada, de norma anterior a constituição que desrespeite direito fundamental. Por fim, outras considerações que se fizerem pertinentes ao tema permearão esse caminho que se pretende eficaz para se concluir se tal postura adotada pelo STF condiz com os dias atuais, ou se a teoria da tese vencida se mostraria mais adequada a nossa realidade jurídico-social.¹⁷

¹⁶ Posterior, portanto, ao posicionamento adotado na ADI2-, de 1992.

¹⁷ Não se trata de uma análise valorativa, de se escolher a melhor ou pior teoria. Apenas se quer demonstrar que cada teoria tem um fundamento diverso, e que um deles pode ser o mais apto a se encaixar nas necessidades sociais, e nas funções institucionais do Supremo Tribunal Federal.

4.2.1. CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE:

Passemos agora a analisar a possibilidade de se efetuar o controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual está expressamente prevista no artigo 102, I, a e §2º e 103 da CF/88 e cujo processo e julgamento está previsto na Lei 9.868 de 1999.

De um modo geral, a decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado por via de ADIN só poderá ser tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros. Além disso, prevê a lei que tal decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Não há qualquer menção no texto da lei sobre ser possível ou não se usar da ADIN quando se tratar de norma editada antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Outros fatores devem ser apreciados para se ressaltar as vantagens desse instrumento jurídico. A decisão do Tribunal que declara a inconstitucionalidade de certa lei tem efeito *erga omnes*, ou seja, vincula a todos, oferecendo mais segurança ao sistema jurídico brasileiro, nos termos dos artigos 25 e 28, parágrafo único da referida lei. Essa mesma decisão, ainda, terá efeitos *ex tunc*, o que vale dizer, retroage no tempo. Desse modo, importa ressaltar que permitir essa via de ação para as normas pré-constitucionais, implica em muitas vantagens, ao passo que se para essas normas for negado o meio da ADIN, serão afastadas do ordenamento por meio de simples revogação, o que resulta em efeitos *ex nunc* apenas, e sem efeitos *erga omnes*¹⁸.

Por essas razões, e outras que serão apresentadas no decorrer desse tópico, essa via de controle aparece como sendo uma possibilidade (ainda que não usada atualmente), para as normas editadas antes de 1988.

¹⁸ Não é apenas nesse ponto que a revogação difere da inconstitucionalidade, de modo que outras diferenças serão apresentadas no tópico que trata da ADIN-2.

4.2.1.1. ANÁLISE DO LEADING CASE - ADIN-2:

A ação direta de inconstitucionalidade de número 02 foi proposta em 1989, pela Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino- FENEN que pleiteava que fosse declarada a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 3º do Decreto-lei nº 532, de 16 de abril de 1969, e 2º, 3º, 4º, 5º do Decreto Federal nº 95.921, de 14 de abril de 1988, que infringiriam os artigos 173, § 4º, 174 e 269, "caput" e inciso I da Constituição atual. Seu julgamento concluiu-se, apenas, em 06.02.1992.

Por se tratarem de dispositivos legais e regulamentares editados antes da promulgação da Lei Fundamental vigente, que data de 05.10.1988, todos os votos dos ministros não entrarão no mérito da incongruência alegada pela autora, de modo que, atear-se-ão, apenas, na possibilidade de ser examinada tal ação pelo Supremo, e a justificativa para eventual posição, seja ela de rejeição ou de aceitação. É por esse motivo, que considero a referida ADIN como um *leading case* sobre o tema, da qual extraio uma *ratio decidendi* para as posteriores decisões do STF, que sempre se reportam a ela para negar a apreciação de pedidos semelhantes por via de ADIN.

A votação que se procedeu nessa ADIN contou com duas posições dominantes divergentes, e é por isso que devem ser analisadas em separado, de modo a se destacar os argumentos determinantes para cada uma das teses defendidas.

4.2.1.1.1. POSIÇÃO A FAVOR DA TESE DE REVOGAÇÃO, NEGANDO A VIA DE ADIN PARA APRECIAR O CASO DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS:

O Ministro Paulo Brossard, que foi o relator do caso, será contra essa via de ação para apreciar normas pré-constitucionais. Todo o seu raciocínio é pautado pela sedimentação que esse posicionamento encontra tanto na doutrina quanto na jurisprudência da casa. Para ele, a nova ordem constitucional revoga a norma por ela não recebida por motivo de incompatibilidade e não torna, evidentemente, inconstitucional o que antes nascera sem esse vício. Isto significa que, o vício de inconstitucionalidade só pode inquinar leis posteriores à Constituição. A razão para tal afirmação se baseia no conceito de inconstitucionalidade, ao qual se pauta Brossard em seu voto.

Torna-se necessário, nesse momento, uma análise esmiuçada do voto do Ministro relator, para entendermos como ele estruturou a sua tese vencedora.

O começo de seu voto retoma a antiga Jurisprudência da Corte sobre o tema (de mais de meio século), com a citação de diversos julgados anteriores a 1988¹⁹. Cita ainda a Jurisprudência Estadual sobre o tema que segue mesma direção, qual seja, a reduzir o problema a mera questão de intertemporalidade (que se resolve por mera revogação) e não de inconstitucionalidade.

Contudo, afirma o Ministro, que esta Jurisprudência não vale apenas por ser antiga e numerosa, mas por sua irretocável fundamentação teórica. Começa então a retomar argumentos doutrinários sobre o tema para embasar o seu posicionamento, bem como da Jurisprudência que chamou de tranqüila.

Retomando os ensinamentos do Ministro Victor Nunes Leal²⁰, declara: *"E sempre que uma lei opere validamente até determinado momento e daí por diante deixe de operar em virtude da expedição de uma norma nova, o*

¹⁹ Foram citados no voto os seguintes acórdãos: RE 17.961, 19.656, 19.887, todos de 1952; RE 78.984 de 1974; RE 78.486 de 1975; Rep 1.012, 1.016 ambas de 1979; Rep. 969 de 1981; RE 91.604 de 1981; RE 100.596 de 1983; Rep 1.303-1 de 1986; Rep. 1.334 de 1987

²⁰ Victor Nunes Leal, Revista de Direito Administrativo, VII, p. 389 a 391.

fenômeno jurídico que temos é o da revogação, pouco importando que a norma nova seja de categoria igual ou superior à da norma anterior revogada". Na seqüência retoma, também, a lição do Ministro Celso de Mello, na sua obra "Constituição Federal Anotada", o magistério de Pontes de Miranda²¹, a lição de Francisco Campos e de Washington de Barros Monteiro, bem como os comentários de Rui Barbosa a referida questão.

Só depois dessa introdução que adentra, agora com suas palavras, o mérito do caso. Afirma que a tese segunda a qual *"as leis anteriores à Constituição, quando inconciliáveis com esta, não são revogadas, mas inconstitucionais e assim devem ser declaradas através do procedimento adequado, subverte a noção de inconstitucionalidade"*. Parte, portanto, a definir o que seria uma lei inconstitucional.

Para ele, uma lei inconstitucional é aquela que contrarie a Constituição, ou seja, o Congresso a fez sem pode fazer, agindo desse modo *ultra vires*, além dos seus poderes, fora de suas competências que são fixadas pela própria Constituição. Desse modo, *"A teoria de inconstitucionalidade das leis supõe uma Constituição como lei suprema, hierarquicamente superior às demais leis, que lhe devem fidelidade e nela encontraram a origem de sua validade; supõe que os Poderes do Estado estejam sujeitos a essa lei maior, com atribuições por ela definidas e competência por ela limitada"*. Ao ultrapassar os limites fixados pela Constituição, o Poder Legislativo passa a exercer poderes que não tem, invade uma competência que lhe não pertence e o que fizer terá a marca desse vício da inconstitucionalidade. O Ministro então afirma que quando, porém, se transpõe esse raciocínio para as normas editadas antes da Constituição atual, chega-se a um absurdo, já que a lei em causa teria sido contrastada, obviamente, com a constituição vigente ao tempo de sua elaboração parlamentar e da sanção presidencial, não podendo ser comparada com uma constituição futura, ainda inexistente, a não ser que se pensasse em

²¹ Esse trecho é selecionado pelo Ministro em seu voto da obra de Pontes de Miranda: *"Se com a nova Constituição forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo que se iniciou a vigência da nova Constituição"*, Comentários à Constituição de 1946. 3.ed.VI, p. 395; Comentários à Constituição de 1967 e 69, 2.ed., III, p. 595.

um legislador vidente. E ainda que vidente, diz o Ministro, não poderia proceder pautado pela antevisão de uma Constituição que estaria por vir, já que está sujeito aos preceitos termos da constituição vigente, à qual deve fidelidade, não podendo transpor os limites traçados à sua ação.

Para Brossard, o problema desse raciocínio seria que dele decorreria a existência de leis presumidamente inconstitucionais, uma vez que não contariam com a presunção de constitucionalidade, já que o legislativo nem o executivo elaboraram certa lei pautados pela Constituição vigente. Indaga em seu voto: *"Ora, como e por que uma lei anterior à Constituição haveria de ter por si a presunção de constitucionalidade em face de Constituição superveniente?"* E continua: *"e não tem... porque não poderia ter, pela mais óbvia das razões. Ao ser elaborada no Âmbito do Poder Legislativo, ao receber a sanção do Poder Executivo, nenhum dos dois poderes a conferiu, nem poderia fazê-lo, com a Constituição que, ao tempo, não existia, e só depois dessa suposta lei veio a ser promulgada. A lei em causa teria sido contrastada, obviamente com a Constituição vigente ao tempo da sua elaboração parlamentar e da sanção presidencial. Não poderia ser comparada com uma Constituição inexistente. Disso resultaria o absurdo da tese que defende estarmos diante de um problema de inconstitucionalidade. Haveriam leis presumidamente constitucionais e leis presumidamente inconstitucionais".* De qualquer forma, sem o benefício dessa presunção, afirma Brossard, não se deveria exigir a maioria dos ministros do STF para decidir uma questão de inconstitucionalidade de norma pré-constitucional, uma vez que seria tarefa simples, confiada a mero Juiz singular. Não seria, pois, a via acertada a da Ação Direta de Inconstitucionalidade, devendo ficar a cargo do interprete da lei (juízes), caso a caso, o eventual conflito de leis anteriores com a Constituição, e a sua conseqüente revogação, se necessária.²²

²² Para reafirmar essa conclusão, qual seja, a de que a questão se resolve por meio de mera revogação confiada aos juízes singulares, o Ministro acrescenta outro argumento. Diz ele que o mesmo se pode compreender pela maneira genérica pela qual se determina a revogação, normalmente pela expressão "revogam-se as disposições ao contrário", o que para ele quer dizer que essa análise fica a cargo do juiz em cada caso concreto.

Conclui o relator que há que se falar, portanto, sempre numa inconstitucionalidade congênita e nunca superveniente²³, o que significa dizer que uma lei só pode ter a sua constitucionalidade questionada em relação à Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Mas se existir conflito da norma anterior com a Constituição superveniente, o certo é analisar essa incompatibilidade pelo direito intertemporal, já que se trata meramente de um conflito de normas no tempo, devendo a norma anterior considerar-se revogada pela promulgação da norma posterior, com ela incompatível. Enfatiza o Relator que pouco importa que a norma posterior seja também superior do ponto de vista hierárquico, de modo que a revogação se processaria nos dois modos: norma superior revoga inferior, e norma posterior revoga inferior, não havendo contradição alguma nesse raciocínio, ficando mais clara ainda a proposição quando estamos diante de norma posterior e superior (Constituição) confrontada com lei anterior e inferior.²⁴ Para embasar essa sua afirmação, o Ministro busca os ensinamentos de Bobbio, que assim ensina: “a incidência concomitante de mais de um dos critérios de solução de antinomias (o cronológico, o hierárquico e o de especialidade) *não causa particular dificuldade quando as duas normas são colocadas de maneira que, qualquer que seja o critério que se queira aplicar. A solução não muda: por exemplo, se de duas normas incompatíveis, uma é superior e subsequente e a outra inferior e antecedente, tanto o critério hierárquico quanto o cronológico dão o mesmo resultado de fazer prevalecer a primeira.*”²⁵

²³ Para negar que exista uma inconstitucionalidade superveniente, e para deixar claro o que nega, traz ao seu voto uma definição desse conceito: “*Diz-se superveniente a inconstitucionalidade quando uma lei, perfeitamente compatível com a Constituição vigente à época de sua edição, entra em confronto com a ordem constitucional posterior.*” Maria Isabel Gallotti, “*A declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus efeitos*” RDA 170/18-40, 38/39.

²⁴ O Ministro Paulo Brossard traz para seu voto posição antagônica a sua neste ponto de um ex-Ministro da própria Corte, o Ministro Castro Nunes, argumento esse que depois o próprio Ministro Sepúlveda Pertence trará para fundamentar o seu voto divergente. Castro Nunes argumentava que: “*Não contesto que a incompatibilidade se resolve numa revogação, o que resulta da anterioridade da norma. Mas perde-se de vista o outro elemento, a diversidade hierárquica das normas. A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade*” - in “Teoria e Prática do Poder Judiciário, 1943, p. 603

²⁵ Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: UNB, 1989. P.106.

Nessa linha, o Ministro procura, por fim, demonstrar os efeitos de se considerar um caso de mera revogação ao invés de se considerar como caso de inconstitucionalidade essa questão das normas pré-constitucionais. Assim, para ele, dizer que a inconstitucionalidade é congênita à lei, significa que ela pré-existe à declaração judicial, pois o julgamento não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente, de modo que o efeito desta declaração é *ex tunc*, (isto é, a nulidade atinge a lei desde o seu nascimento). Novamente, demonstra o Relator que esse raciocínio se mostraria inadequado se aplicado às normas pré-constitucionais, uma vez que eram válidas sob a égide da Constituição anterior, e com o advento da nova Constituição, se tornariam inválidas, resultando em mais um absurdo, pois seria o mesmo que admitir que (i) uma mesma lei seria sucessivamente constitucional e inconstitucional (e a partir daqui considerada inexistente); (ii) admitir-se-ia dois tipos de inconstitucionalidade, uma a produzir efeitos *ex tunc*, outro a produzir efeitos *ex nunc*. Dessa forma, sempre que uma lei opere validamente até determinado momento e daí por diante deixe de operar em virtude de expedição de uma norma nova, o fenômeno jurídico correto só seria um para Brossard, o da revogação.

Enfim, o Relator declara a ação ajuizada impedida de prosseguir por ter pedido juridicamente impossível, já que a ação direta é para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e, não para declarar revogada certa lei por força de Constituição superveniente, como ocorre no caso.

O Ministro Celso de Mello, que votou em seguida, endossou o pensamento do Relator, valendo-se dos mesmos argumentos, e acrescentou, ainda, que o nosso sistema jurídico tem estrutura escalonada, cujo ápice é a Constituição Federal, o que lhe garante supremacia frente às demais normas e eficácia derogatória para com as normas a ela anteriores e que a contrariem. Na seqüência, o Ministro Brossard faz a renovação do seu voto, nesse mesmo sentido para novamente negar o prosseguimento da ADIN. Cumpre ressaltar uma inserção importante em seu voto, que incorporou ensinamentos do direito estrangeiro, retomando o histórico e famoso caso do juiz MARSHALL no julgado *Marbury V. Madison*. Neste julgado, o juiz americano desenvolve todo um

raciocínio, que, nas palavras do Ministro, "*vai se desdobrando e se impondo pela sua poderosa força lógica*". Usando das palavras do próprio Marshall o Relator pretende confirmar sua tese buscando respaldo no direito estrangeiro. Assim temos: "*Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto, dando-se prevalência a Constituição. Isto é da essência do poder judicial.*" (Marshall, Complete Constitutional Decisions, Ed. Dillon, 1903, p. 33 e 34). A idéia nuclear de Brossard é mostrar que todo o seu raciocínio está baseado na superioridade da lei constitucional, o que lhe garante a prerrogativa de derogar todas as normas com ela incompatíveis, sendo ela norma posterior e superior devendo prevalecer àquelas que lhe são anteriores e inferiores.

Acompanharam o relator os Ministros: Celso de Mello, Moreira Alves, Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches.²⁶ Os argumentos trazidos apenas repetiram os trazidos pelo Relator, e não serão aqui reproduzidos, a fim de se evitar mera retórica sobre o mesmo ponto de vista.

²⁶ Cumpre ressaltar que esses são os Ministros cujos votos se encontram no acórdão retirado do sítio do STF. Entretanto, o que se pode perceber pelo final numérico do julgamento, 8 a 3, é que outros 2 Ministros (Célio Borja e Ilmar Galvão) votaram acompanhando o Relator, apesar de seus votos não estarem reproduzidos no documento encontrado.

4.2.1.1.2. POSIÇÃO A FAVOR DA TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS, PARA QUE ELAS POSSAM SER APRECIADAS POR MEIO DE ADIN:

O Ministro Sepúlveda Pertence, o terceiro a votar, proclamou voto divergente, negando o voto do relator e a própria jurisprudência da Corte, iniciando seu posicionamento assim: *"Tenho a ousadia de dissentir, por força de uma firme convicção de que recusar a via de ação direta de inconstitucionalidade ao expurgo das leis velhas incompatíveis com a nova ordem constitucional, seria demitir-se, o Supremo Tribunal, de uma missão e de uma responsabilidade que são suas. Intransferivelmente suas."*

Redigirá na seqüência um voto longo que rebate todos os argumentos levantados pelo Relator, um a um, além de retomar constantemente o direito estrangeiro para embasar o seu posicionamento.

O primeiro argumento apresentado baseia-se na idéia de que quando se pensa nas normas pré-constitucionais, além da diversidade de gradação hierárquica (argumento levantado pelo relator), também falta, para que se possa falar de revogação, que as normas cotejadas pertençam **simultaneamente** ao mesmo ordenamento jurídico, o que não se dá na hipótese em que uma delas seja de lei anterior à Constituição. Se não estivermos diante de normas de um mesmo ordenamento, estamos diante de uma clara hipótese, para o Ministro, de inconstitucionalidade superveniente da norma anterior.

Dessa forma, Sepúlveda quer dizer que a relação de antinomia entre a lei anterior e a Constituição superveniente é uma relação de inconstitucionalidade. Mas, para ele, se quiserem chamar essa hipótese de revogação, pela tradição da Jurisprudência, não há problema algum, contudo, não será caso de simples revogação, supostamente idêntica àquela que resultaria da incompatibilidade entre normas de gradação ordinária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional. Trata-se de uma **revogação qualificada**, porque derivada da inconstitucionalidade superveniente de lei anterior à constituição.

Ele não se atém a denominação que se quer dar ao processo, apenas quer ressaltar que por se tratar tal antinomia de uma relação de inconstitucionalidade, a via de ADIN seria cabível e necessária para essas normas anteriores a CF/88. Assim, ele declara: *"Por isso, o que parece mais importante frisar é que qualificar de revogação o fenômeno questionado não é posição excludente, segundo penso, de que a relação de antinomia entre a lei anterior e a Constituição superveniente seja primariamente uma relação de inconstitucionalidade. Se se quer chamar a hipótese de revogação, tudo bem. Não será, contudo, caso de simples revogação, supostamente idêntica àquela que resultaria da incompatibilidade entre normas de gradação ordinária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional. Será, então, sim, revogação qualificada, porque derivada da inconstitucionalidade superveniente de lei anterior à Constituição"*.

Nessa mesma perspectiva, cita o autor Lúcio Bittencourt²⁷, para seguir seus ensinamentos, na esteira de admitir que *"o efeito jurídico do juízo de inconstitucionalidade não é unívoco: e, conforme o caso e o direito positivo considerado, que, da inconstitucionalidade pode decorrer tanto a inexistência ou a nulidade, quanto a anulabilidade, tanto a ineficácia ab origine quanto a revogação qualificada do ato inconstitucional."* Em sendo assim, Sepúlveda admite a ocorrência da revogação, mas assinala que esta é efeito da declaração de inconstitucionalidade, não se tratando, pois, de revogação pura e simples como a que se verifica em virtude de conflito intertemporal de leis da mesma hierarquia. Ele, ainda, explica o porquê de escolher tal posicionamento: *"E, sendo assim, prefiro esta tese àquela da simples revogação porque entendo que a consequência básica da sua adoção – o cabimento da ação direta –, é a que serve melhor às aspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade"(grifos meus).*

²⁷ O trecho de Lúcio Bittencourt citado pelo Ministro é: *"A inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito ente a lei e a Constituição – e a revogação é o efeito desse estado. O tribunal declara a inconstitucionalidade e, em consequência desta, reconhece a revogação da lei"*. Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.131.

Para defender essa tese, o Ministro vai tecer uma segunda parte argumentativa em seu voto, fazendo uma extensa comparação com os sistemas jurídicos de outros países, de modo a garantir que o que propõem não é algo de todo absurdo e paradoxal como enfatizou o Relator. Cita, primeiramente, a postura Italiana, cuja solução encontrada, depois de uma polêmica doutrinária, foi a de se afirmar ser caso de inconstitucionalidade superveniente. A decisão da Corte Constitucional que tratou dessa hipótese seguia a corrente em que se destacara Calamandrei (*Corte Constitucional y Autoridad Judicial*, em *Estudios sobre El Proceso Civil*, trad. Bs.As., 1973, III/121, 149s), que era seguido pelos maiores nomes do Direito Público Italiano (Mortati, Franco Modugno; Mauro Cappelletti, Pierandrei, e Balladore-Palieri).

O segundo país a ser citado é a Alemanha, onde, diz Sepúlveda, estaria consolidado o domínio do entendimento contrário, o da simples revogação. Nessa linha, cita Jorge Miranda, e G.Zagrebelky. Entretanto, o Ministro faz uma ressalva quanto a esse país: "*As informações mais pormenorizadas, de que disponho, são no sentido de que, efetivamente, o Tribunal Constitucional Federal entendeu não ser de sua competência a argüição incidente da incompatibilidade de lei anterior com a Constituição, que, portanto, poderá ser decidida pelo juiz da causa, sem necessidade de suscitar a questão constitucional. O Tribunal também entende, porém, que o julgamento da mesma argüição será de sua competência exclusiva, quando formulada na via direta do controle abstrato de constitucionalidade*". Afirma isso respaldado, diz ele, nos ensinamentos de Ernst Friesenhahn, Garcia de Enterría, Gilmar Ferreira Mendes, e de Odim Brandão Ferreira.²⁸

O sistema espanhol, por outro lado, afirma Sepúlveda, "*tem-se oposto à concepção da inconstitucionalidade sucessiva, a freqüência dos casos de incompatibilidade patente e inquestionável da lei antiga com a nova ordem*

²⁸ Cita ainda decisão da Corte Alemã de 2.10.68, que manteve a postura adotada em 52 para considerar que, no contexto do controle direto, "*A questão de saber se a norma testada é direito anterior ou posterior à Constituição é (...) sem significado*" e reafirmar que "*Em oposição ao controle concreto, o objeto do controle abstrato pode, também ser direito anterior à Constituição*".

constitucional; para obviar, em tais casos, a delonga da suspensão do processo, a Corte da Espanha deixou ao juiz ordinário da causa a possibilidade de decidir, de logo, a questão, incidentemente, e, só em caso de dúvida, suscitar perante o Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade superveniente (v.g., Garcia de Enterría, La Constitución como Norma Jurídica, p.88 ss; Antonio Cano Mata, Cuestiones de Inconstitucionalidad – Doctrina Del Tribunal Constitucional, p. 60)“.

O quarto país a ser citado é Portugal onde a questão mereceu solução expressa na revisão constitucional de 1982 que alterou o artigo 282. Afirma o Ministro que a regra positiva não inovou, apenas consagrou a doutrina que reunia os mais autorizados publicistas lusos, como Jorge Miranda, J.J Gomes Canotilho, e Vital Moreira.

De resto, passa Sepúlveda a ressaltar autores brasileiros que defendem a tese da inconstitucionalidade superveniente. Cita, para isso, a autoridade de Castro Nunes, de Lúcio Bittencourt, de José Afonso da Silva, e de Themistocles Cavalcanti.

Nessa linha, passa a adentrar a fundo a questão. Para ele, decidir se uma lei ordinária é ou não compatível com os princípios constitucionais não é meramente um problema de sucessão de lei, mas implica uma visão e uma interpretação panorâmica de todo o ordenamento constitucional. De fato, afirma, existem casos que as normas são flagrantemente contrárias aos dispositivos constitucionais, mas os extremos não podem servir de base para uma tarefa, que exige, acima de tudo, um processo intelectual de interpretação constitucional.

Mas esses não são os fundamentos básicos a que se prende o Ministro para divergir do Relator, o que podemos entender quando ele ressalta em seu voto que: *"Mas, de minha parte, confesso, ainda não me sinto suficientemente convencido dessa diversidade substancial da antinomia Constituição/lei ordinária, em relação à que contraponha duas normas da mesma hierarquia, sejam ambas constitucionais ou infraconstitucionais; pelo menos, a ponto de*

fazer dele, o alicerce da minha posição. O conceito de incompatibilidade é um só e incidente, a meu ver, em todos os níveis da ordem normativa (...) São outros, por enquanto, ao menos-, os fundamentos da minha convicção de que a incompatibilidade da Constituição superveniente com o direito ordinário pré-constitucional não deva ser reduzida às dimensões de simples revogação”.

A linha principal de seu raciocínio se pauta na crítica que ele faz as premissas adotadas pelo Ministro Brossard, ou pelos defensores da tese de simples revogação. Sepúlveda elucida que essa outra corrente não faz uma distinção que é fundamental para essa questão, qual seja, a de diferenciar a inconstitucionalidade formal da material. Para o Ministro, esses dois tipos de inconstitucionalidade são categorias essencialmente inconfundíveis, dado que a primeira se dá com a invalidade do ato de criação normativa, independentemente do conteúdo das normas criadas, e a segunda, condiz com a invalidade de normas, de seu conteúdo normativo. Assim, a crítica de Sepúlveda ao Relator é que seu voto ficou restrito apenas a inconstitucionalidade formal, afastando-se da problemática central da questão, já que ele deveria ter ultrapassado essa primeira análise, considerando, também, a inconstitucionalidade material.

Portanto, agora, o Sepúlveda começa a elaborar o seu posicionamento final, ou seja, como ele entende que se trata de caso de inconstitucionalidade superveniente. Para isso, ele retoma o conceito do fenômeno da recepção, que permite que uma grande parte da velha ordem jurídica continue válida sob o império da nova Constituição, o que somente é possível porque a nova Constituição confere às normas recepcionadas, seja expressa ou tacitamente, validade, colocando-as em vigor. Retoma nesse ponto, os ensinamentos de Hans Kelsen, citando-o: *“Uma grande parte da velha ordem jurídica permanece válida, dentro do marco da nova ordem. Mas a frase permanece válida não oferece uma descrição adequada do fenômeno. O que não muda é apenas o conteúdo de tais normas, não, a sua razão de validez. Se certas leis promulgadas sob o império da velha Constituição continuam sendo válidas sob a Constituição nova, isso só é possível porque a nova Constituição lhes confere validez, seja expressa, seja tacitamente. O fenômeno é um caso de recepção*

*(...) A nova ordem recebe, isto é, adota normas pertencentes à velha ordem; isso significa que a nova ordem considera válidas (ou põe em vigor) normas que possuem o mesmo conteúdo daquelas da ordem precedente”.*²⁹

À luz desse raciocínio, Sepúlveda enfatiza que o que se tem, quando da mudança da Constituição não é uma recepção formal, mas sim, material de normas do ordenamento caduco. O conceito de recepção material é retirado da obra de Jorge Miranda, cujo trecho é selecionado pelo Ministro em seu voto: “A recepção formal é a recepção do ato normativo, a recepção material a recepção apenas da norma. A recepção formal pressupõe a permanência da força jurídica originária dos preceitos (...) Ao invés, a recepção material reduz-se a uma técnica de preenchimento de espaços de regulamentação jurídica: as normas recebidas são incorporadas no ordenamento como normas deste ordenamento ou nele enxertadas com o mesmo espírito que lhe preside; e a sua vigência, a sua interpretação e a sua integração ficam em tudo dependentes da norma de recepção”.

Desse modo, conclui o Ministro que sejam as normas recebidas, porque compatíveis, sejam as normas repelidas, porque inconciliáveis com a lei fundamental, superveniente, todo o direito ordinário anterior é tratado como se a data de sua vigência fosse a mesma da Nova Constituição.³¹ E por ser assim, é que Sepúlveda afirma que a inconstitucionalidade sucessiva pode ser interpretada como nulidade *ab origine*, suscetível de ser declarada com efeito *ex tunc*, já que se estaria a aferir invalidez a uma norma que se considera como datada da promulgação da Constituição nova (momento em que a norma recepcionada ganha seu fundamento de validade e passa a estar em vigor). Afirma também que **não** existe diferença substancial de natureza e de eficácia temporal entre a declaração de inconstitucionalidade da lei posterior à Constituição e a declaração de inconstitucionalidade superveniente, o que justifica a via de ADIN para as normas recepcionadas pela nova ordem jurídica,

²⁹ Hans Kelsen. *Teoria General Del Derecho y Del Estado*, México, 1949, p. 121.

³⁰ Jorge Miranda. *O Direito Constitucional e Ordinário Anterior*, em “Estudos sobre a Constituição”, 1977, I/353.

³¹ Nesse ponto, o Ministro sublinha a observação de Kelsen de que “é a nova ordem que põe em vigor, quando as recebe, as normas de conteúdo idêntico às preexistentes. Daí ser a recepção, um procedimento abreviado de legislação”.

abrindo-se uma via mais rápida, com efeito *erga omnes*, e com mais força para a real efetividade da Constituição, ao contrário do que ocorre ao se proceder pelo procedimento da revogação.

Por fim ressalta o Ministro que a inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, e em sendo assim, e para não atacar tão veementemente a Jurisprudência da corte, aceita também outra tese, intermediária a sua, nos moldes das defendidas por Lúcio Bittencourt e José Afonso da Silva³², que admite para a hipótese das normas pré-constitucionais, o uso da revogação, sendo esta, porém, qualificada, já que é fruto da inconstitucionalidade, o que viabilizaria igualmente a ação direta. Não se trataria, então, de duas situações paralelas, quando de fato a inconstitucionalidade seria um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição – e a revogação o efeito desse estado. Dessa forma, o tribunal ao declarar a inconstitucionalidade do preceito normativo impugnado, ainda que editado antes da Constituição vigente, reconhece (em consequência dessa inconstitucionalidade) a revogação da lei. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz à revogação (plano de vigência), não sendo, portanto, excludentes.

Segue convencido o Ministro da inteira viabilidade da inconstitucionalidade superveniente, ainda que se queira entendê-la como categoria qualificada da revogação, de modo que seu objetivo final com tal argumentação é permitir a apreciação da matéria pelo STF, *"dando o máximo de efetividade, em todos os níveis do ordenamento, ao estado de valores, princípios e regras da nova Constituição, missão essa da qual não se pode demitir o Supremo."*

Acompanharam o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, os Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira, finalizando-se o julgamento da ADIN-02 com 8 votos contra 3, prevalecendo o entendimento de que as normas pré-constitucionais não podem ser apreciadas por via de ADIN, por se tratar de hipótese de

³² Posição substancialmente equiparável a desses autores (e, portanto, equiparável também a que o Ministro adota em seu voto), ressalta Sepúlveda, tem sido assumida no estrangeiro por renomado estudiosos do tema, dentre eles Mauro Cappelletti (*La Pregiudizialità Costituzionale, nel Proc. Civile*, 1972, p. 90), J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ªed., 1986, p.837)

revogação, e não de inconstitucionalidade superveniente. As conseqüências dessa votação, bem como uma análise crítica dessa postura adotada pelo Supremo serão desenvolvidas ao final do trabalho.

4.2.1.2. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE:

Após a apreciação da ADIN nº 02 pelo Supremo, cumpre destacarmos as outras ADINs que se seguiram a ela, a fim de que se constate se há ou não uma constância na Jurisprudência da Corte sobre o tema.

Da pesquisa realizada no sitio do STF, obteve-se um total de 33 ADINs que cumpriam os requisitos da pesquisa. Analisaremos agora todas elas³³, brevemente, apenas para mostrar (i) se a mesma linha do voto vencedor da ADIN 2 foi mantida, (ii) se de forma unânime, e (iii) quais as conseqüência, em linhas gerais da manutenção dessa Jurisprudência.

Inicia-se a análise por ordem numérica das ações diretas de inconstitucionalidade, e por serem os votos muito repetitivos, preferiu-se a apenas citar a Ementa de cada uma das ADINs, de forma resumida, acrescentando-se, apenas, informações que se fizerem necessárias.

1. ADIN 07:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88 – Inconstitucionalidade superveniente – Inocorrência – Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação direta não conhecida por unanimidade do Tribunal Pleno. Julgada em 07.02.92

Um ponto que deve ser ressaltado nessa ADIN, que foi julgada um dia após a ADIN-02, é que seria de todo incongruente que o Ministro Sepúlveda, e aqueles que o seguiram, no dia anterior para divergirem da posição de negar procedimento a ação, e de negar hipótese de revogação, tenham mudado de opinião tão rapidamente, por se tratar de decisão unânime do Tribunal.

³³ Todas aquelas que se relacionam com esse tópico, visto que outras entrarão na análise do tópico 4.4.

De fato, isso não ocorreu, e o Ministro Pertence fez questão de ressaltar em seu voto que se restou vencido, quando a maioria, no *leading case* antecedente sobre o mesmo tema, firmou entendimento de que a não recepção da norma anterior por incompatibilidade material com a ordem constitucional superveniente resolvia-se em simples revogação, a cuja declaração não se prestaria a ação direta de inconstitucionalidade. Conclui, assim que *"A resistência individual, a partir daí, teria sabor meramente acadêmico e contribuiria apenas para retardar e tumultuar o desenvolvimento dos trabalhos do Plenário, já congestionado. Guardando, embora o meu inabalado convencimento derrotado, rendo-me à força numérica e à autoridade da maioria e acompanho o Em. relator. É o meu voto."*

Entende-se, agora, o porquê da unanimidade, apenas numérica para fins práticos, o que não significou mudança de opinião do Ministro dissidente da Jurisprudência da Corte, e o que indica que assim procederá de ali em diante, o que trará a falsa idéia de unanimidade nessas decisões.³⁴ Apesar de estranho esse posicionamento do Ministro ele repete esse trecho selecionado em todos os seus votos dali em diante, mas sem nunca deixar de acoplar em seguida o seu voto vencido da ADIN-02.

2. ADIN 09:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade – Decreto- lei nº 2.445, de 29.06.1988. Trata-se de lei anterior à Constituição de 1988. Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada a 06.12.1988, por se tratar de lei anterior à Constituição em vigor. DE acordo com orientação firmada pelo STF, na ADIN nº 2, a 06.02.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contrária à nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade de que não se conhece por unanimidade do Tribunal Pleno. Julgada em 27.03.92.

³⁴ Do mesmo modo procedem os Ministros Néri da Silveira, e Marco Aurélio (também votos vencidos na ADIN 2), que põem em ressalva suas opiniões pessoais em seus votos sobre o tema, acompanhando a maioria em termos numéricos.

3. ADIN 74:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade - Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88 - Inconstitucionalidade superveniente - Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção - Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato - Ação direta não conhecida por unanimidade no Tribunal Pleno. Julgada em 07.02.92.

4. ADIN 75:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade - Sendo a lei estadual impugnada (Lei 8.801, de 29 de junho de 1988, do Estado do Paraná) anterior à atual Carta Magna superveniente se coloca no plano da recepção, ou não (e nesse caso o que há é revogação), da norma infraconstitucional, questão essa que não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. - Ação que não se conhece por impossibilidade jurídica do pedido por maioria dos votos no Tribunal Pleno. Julgada em 01.04.92.

Ainda que recente ao julgamento da ADIN-02, esse caso é especial porque, apesar de ter mantido o posicionamento da Corte, não conhecendo da ação, teve uma questão de ordem intensamente debatida em 1989, quando a Corte contava com outra composição, para se decidir sobre a concessão ou não da liminar. Aparecem, nesse cenário, outros Ministros, diferentes daqueles que foram voto vencido na referida ADIN, para reclamar a tese da inconstitucionalidade superveniente, negando hipótese de revogação. No afoito do debate acirrado que se propagou, até o Ministro Moreira Alves, defensor da tese de mera revogação da norma incompatível, afirma ser "caso de revogação por causa da inconstitucionalidade" (hipótese essa idêntica àquela que o Ministro Sepúlveda havia chamado de revogação qualificada e que possibilitaria a apreciação pela Corte). O Ministro Célio Borja que acompanhou o voto vencedor no *leading case*, aqui manifestou posição contrária, defendendo a apreciação do tema e motivou sua decisão, trazendo argumentos novos, entretanto que fogem ao ponto principal desse trabalho (atem-se a

distribuição de competências entre os entes federados). Já o Ministro Aldir Passarinho foi o responsável por retomar o debate acerca do tema, se tornando outro exímio defensor da posição do Ministro Sepúlveda, restando, porém vencido em 1989, e não estando mais presente a Corte em 1992, quando do julgamento final deste caso, e da ADIN-02. Transcreve, abaixo, parte dos argumentos do Ministro Aldir Passarinho nesse referido debate, cuja íntegra se encontra no Anexo 1 (p. 65): *"O que sustento é que, em verdade, a Constituição prevê uma ação direta de inconstitucionalidade a ser examinada pelo Supremo, e nela é possível decidir-se se a lei discutida continua ou não em vigor. O Supremo possui a missão de guardião da Constituição, que é a mais relevante e, por isso, creio que poderia dizer se a lei é ou não compatível com a Carta magna. Entendo que não se pode, o Supremo Tribunal Federal, deixar de examinar a inconstitucionalidade das leis existentes no País, frente às novas normas constitucionais. Se elas deixam de vigorar pela superveniência de nova Carta política, creio que ao STF cabe dizê-lo".*

5. ADINs 85, 415, 503, 521, 579:

EMENTA: Constituição - Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. A lei ou e constitucional ou não e lei. Lei inconstitucional e uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel a Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade e congênito a lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação a Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por

impossibilidade jurídica do pedido, por unanimidade do Tribunal Pleno. Julgadas em 07.02.92.

6. ADIN 129:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade - Impugnação de lei pré-constitucional e de ato regulamentar editado sob a égide da nova Constituição - Inidoneidade do regulamento de execução para efeito de controle normativo abstrato - Inconstitucionalidade superveniente da lei - Inocorrência - Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção - Impossibilidade de instauração do controle concentrado de constitucionalidade - Ação direta não conhecida por unanimidade do Tribunal Pleno. Julgada em 07.02.92.

Cumprе ressaltar dois parágrafos do acórdão. O primeiro no voto do Ministro Celso de Mello que mais uma vez resalta que: "*A análise do fenômeno político-jurídico da inconstitucionalidade torna inextensíveis ao direito pré-constitucional as normas de controle concentrado, posto que cogitável, apenas, em nosso direito, o vício da inconstitucionalidade originária.*".

Outro no do Ministro Sepúlveda Pertence que resalta o caráter de **leading case** fixado à ADIN-02 nesse trabalho quando afirma que: "*Pedi vista para aguardar o prosseguimento do exame, na ADIN 2, da questão da admissibilidade da ação direta que tenha por objeto ato normativo promulgado antes da Constituição. Ontem, finalmente, renovado o pregão da mencionada ADIN 2, a ratificação do voto do relator, em. Ministro Paulo Brossard, dela não conheceu, por impossibilidade jurídica do pedido, dado que o ato normativo nela impugnado é anterior à Constituição de 1988, em que se funda a arguição. Proferi longo voto em sentido contrário, entretanto, na confortadora companhia dos sem. Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, fiquei vencido.*".

7. ADIN 148:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade - Impugnação ao art. 278 da Constituição do Estado do Espírito Santo e às leis estaduais n°s 3.603/86; 3.707/84; 3.863/86 e 4.139/88. Instituto de previdência dos deputados estaduais. Não se conhece da ação na parte que impugna leis anteriores à constituição federal de 1988, que, ademais, já foram revogadas por lei posterior, por unanimidade dos votos do Tribunal Pleno. Julgada em 20.11.97.

8. ADIN – MC 167:

EMENTA: Ação direta em que há a argüição a inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual - o artigo 4. da Lei n. 5.098/86 do Estado de Mato Grosso, editada, portanto, anteriormente a Constituição em vigor. - Há pouco, o Plenário desta Corte voltou a reafirmar seu antigo entendimento no sentido de que a incompatibilidade entre norma infraconstitucional anterior e a Constituição posterior dá margem a revogação daquela, não podendo esse exame fazer-se em ação direta de inconstitucionalidade. Ação que não se conhece, por impossibilidade jurídica do pedido, por maioria dos votos no Tribunal Pleno. Julgada em 11.03.92.

Restou vencido o Ministro Francisco Rezek (que entrou no Supremo em 21.05.1992) que conheceu da ação, afirmando ser capaz o STF para apreciar a questão de constitucionalidade de normas anteriores a Magna Carta de 1988. Todos os demais não conheceram da ação.

9. ADIN 344:

EMENTA: Constitucional. Ação direta. Lei anterior à constituição. Inconstitucionalidade superveniente. I. - lei anterior à constituição e com esta incompatível: o caso e de revogação da lei e não de inconstitucionalidade superveniente. Em caso assim, não cabe ação direta de inconstitucionalidade. II. - precedente do tribunal: ADIN n. 2-df. III. - ação direta não conhecida por unanimidade dos votos. Julgada em 07.02.92.

10. ADIN 337:

EMENTA: Ação Direita de Inconstitucionalidade. Ato Declaratório Normativo n. 24/89 da Receita Federal; art. 3., VI, da Lei 7.256, de 27.11.84 e art. 51 da Lei 7.713 de 22.12.88. Liminar. Ato Declaratório Normativo. Natureza meramente administrativa que imprime orientação interna a Administração e que se fundamenta em dispositivo também argüido de inconstitucional. Impossibilidade jurídica do pedido. Lei anterior a Constituição que a contraria. Hipótese de revogação e não de inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta conhecida em parte, quanto ao art. 51 da Lei 7.713/88, e, nessa parte, indeferida a medida cautelar. Votação unânime. Julgada em 11.03.92.

11. ADIN 381:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. - A questão da incompatibilidade entre lei infraconstitucional e Constituição, quando aquela é anterior a esta, se circunscreve ao âmbito da revogação, e não da inconstitucionalidade, não podendo, por isso, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida por unanimidade. Julgada em 07.02.92.

12. ADIN 385:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. - A questão da incompatibilidade entre lei infraconstitucional e Constituição, quando aquela é anterior a esta, se circunscreve ao âmbito da revogação, e não da inconstitucionalidade, não podendo, por isso, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida por votação unânime. Julgada em 07.02.92.

13. ADIN 438:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, segundo o entendimento do STF, se a norma questionada é anterior a da Constituição padrão. 1. Não há inconstitucionalidade formal superveniente. 2. Quanto a inconstitucionalidade material, firmou-se a maioria do Tribunal (ADIN 2, Brossard, 6.2.92) - contra três votos, entre eles do relator desta -, em que a antinomia da norma antiga com a Constituição superveniente se resolve na mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. 3. Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante, com ressalva de sua posição pessoal, se rende a orientação da Corte. Julgada em 07.02.92 por unanimidade.

14. ADIN – MC 450:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. No tocante ao artigo 2. da lei estadual n. 5.439, de 6 de junho de 1986, não é cabível a ação direta de inconstitucionalidade, porquanto se trata de lei anterior a atual Constituição, e sua incompatibilidade com esta, se existente, se resolve pela sua revogação. Julgada em 07.02.92 por unanimidade.

15. ADIN 464:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Normas estaduais relativas ao servidor público. I - leis 7.928/75 e 10.515/88. Diplomas legais anteriores à constituição de 1988. Eventual incompatibilidade com a carta da república resolve-se pela revogação - orientação do STF (ADIN nº. 02). Julgada em 25.08.93. por unanimidade.

16. ADIN-MC 847:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos da lei n. 7.747/1982 e do decreto n. 32.854, de 27.05.1988, do Estado do Rio Grande do Sul. É assente a jurisprudência do STF no sentido de não caber ação direta

de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual anterior à constituição de 05.10.1988. Constituição, art. 102, I, letra "a". Hipótese de revogação e não de inconstitucionalidade da regra anterior a constituição impugnada. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação não conhecida, por unanimidade, deixando-se, desde logo, a margem, a indagação em torno da legitimidade ativa da autora, diante do art. 103, IX, da constituição. Julgada em 11.03.93.

17. ADIN-MC 1227:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Vinculação de vencimentos. Normas ínsitas nas Leis n.s 1.206, de 15/10/87, 1.272, de 24/12/87, e 1.696, de 20/08/90, todas do Estado do Rio de Janeiro. Alegação de ofensa ao art. 37, XIII, da Constituição Federal. Leis estaduais editadas anteriormente a vigência da Constituição Federal de 1988: inconstitucionalidade superveniente. Impugnação: impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato. No que concerne aos diplomas legais anteriores a Carta de 1988, a jurisprudência reiterada desta Corte firma-se no sentido da impossibilidade jurídica de questioná-los mediante ação direta de inconstitucionalidade. Julgada em 30.06.95 por unanimidade.

18. ADIN- MC 1360:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade, para a declaração da recepção, ou não, do par. 4. do artigo 38 da Lei 4.595/64 pela constituição de 1988. - É firme o atendimento desta Corte, que vem das representações de inconstitucionalidade sob a vigência da Emenda Constitucional n. 1/69 e foi reafirmado sob o império da atual Constituição na ação direta de inconstitucionalidade n. 2, de que não é cabível ação direta de inconstitucionalidade para a declaração da recepção, ou não, pela Constituição em vigor, de lei editada anteriormente a ela. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida por unanimidade, julgada em 26.10.95.

- Conclusões Parciais:

De todo o exposto, o que se pode perceber é que em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal, não há que se cogitar de inconstitucionalidade, mas, sim, (e se for o caso) de revogação, matéria estranha à ação direta de inconstitucionalidade. Tal entendimento do STF é de longa data, e, no período que antecedeu a promulgação da CF/88, a mesma jurisprudência existia no sentido de negar tal apreciação pela via de Representação de inconstitucionalidade (Rep.), uma outra via de ação, antecessora da atual ADIN. Uma tabela exemplificativa esclarece esse entendimento da Corte desde 1952.

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ANTES DA CF/88			
ANO	JULGADOS	RELATOR	LOCALIZAÇÃO
1952	RE 19.656	Min. Luiz Gallotti	RT 231-665
1952	RE 19.887	Min. Luiz Gallotti	RT 231-665
1974	RE 78.984	Min. Cordeiro Guerra	RTJ 71-291
1975	RE 78.486	Min. Rodrigues Alckmin	RTJ 76-538
1977	Rep. 946	Min. Xavier de Albuquerque	RTJ 82-44
1979	Rep. 1.012	Min. Moreira Alves	RTJ 95-980
1979	Rep. 1.016	Min. Moreira Alves	RTJ 95-993
1980	Rep. 765	Min. Soares Munoz	RTJ 98-952
1981	Rep. 969	Min. Antônio Neder	RTJ 99-544
1981	RE 91.604	Min. Néri da Silveira	RTJ 116.652
1983	RE 100.596	Min. Rafael Mayer	RTJ 109-1220
1986	Rep. 1.303	Min. Octávio Gallotti	DJ 1.VIII.86
1987	Rep. 1.334	Min. Carlos Madeira	RTJ 124-415

Cumprе ressaltar ainda que quase todas as ADINS que versam sobre o tema datam de 1992. Em termos exatos, das 22 ADINS analisadas brevemente, somando-se a ADIN-02, temos um total de 23 acórdãos, dos quais, 18 foram julgados em 1992, 2 em 1993, 2 em 1995 e 1 em 1997, conforme explicita melhor a tabela abaixo:

TOTAL DE ADINS ANALISADAS: 23	
Quantidade de ADINS	Ano do Julgamento
18	1992
2	1993
2	1995
1	1997

O critério de terem sido julgadas quase todas por unanimidade não deve ser apreciado com o fito de se demonstrar que a tese vencida na ADIN-02, restou-se obsoleta ou esquecida. Apenas, como ressaltou o Ministro Sepúlveda, não se quis sempre entrar na discussão da questão, uma vez que os Ministros estavam a julgar diversas ADINs no mesmo sentido num *curto período de tempo*, conforme demonstrado na tabela acima, e cada um já tinha seu posicionamento próprio. Evitavam adentrar no embate por questão de celeridade da Corte. Mesmo assim, os Ministros vencidos ao acompanhar a maioria relembavam em todos os votos o descontentamento com a tese vencedora, acoplando aos seus votos, ainda que resumidamente, a posição que lhes parecia mais acertada.

Essa postura, entretanto, dos Ministros Sepúlveda, Néri, e Marco Aurélio é um tanto quanto questionável, se lembrarmos que a composição da Corte vai mudando, a exemplo da entrada de Francisco Rezek que entrou depois do julgamento do *leading case*, e adotou postura semelhante a dos Ministros vencidos. Em sendo assim, poderiam, ao invés de acompanhar a maioria, proferir voto sucinto capaz de conhecer da ação alegando que assim o fazem com base nos argumentos trazidos nos votos proferidos na ADIN-02, o que evitaria a exaustão, e ao mesmo tempo, permitiria mostrar que existe uma postura dissidente. Dessa forma, manter-se-ia a celeridade da Corte, sem se abrir mão daquela posição, e quem sabe, ao se mudar a composição da Corte, tornar essa posição majoritária. Aqui vale, ainda, ressaltar que na verdade, o que existe são duas teses plausíveis do ponto de vista jurídico e lógico-sistemático, como bem afirmou o Minsitro Sepúlveda e o Ministro Brossard. Na

verdade, não há como se saber se há uma tese certa e outra errada, o que nos leva a crer que cada Ministro escolhe uma ou outra posição, e ao fazer isso, concorda com as premissas que embasam o seu posicionamento. Não se pretende criticar essa escolha, mas apenas se ressaltar que se assim for, e pelos argumentos trazidos nos votos analisados acredito que assim seja, com a mudança da composição da Corte ao longo do tempo, a outra corrente minoritária poderia prevalecer, o que é suficiente para se questionar a postura dos Ministros em votar, apenas, com fins numéricos de votação, com a maioria.

Desses dados, outras implicações decorrem. Após esse período de 1992, que se mostrou decisivo para expressar o posicionamento da Corte, negando o meio da ADIN para apreciar as normas editadas antes de 1988, percebe-se que não se intentou outras ADINs no Supremo, por se acreditar que elas não seriam conhecidas.³⁵ A alternativa seria buscar outras vias de ação, as quais serão mostradas mais adiante. Cumpre ressaltar, contudo, que a lei que regulamentou a ADIN só surgiu no ano de 1999, sete anos depois do julgamento do *leading case*. Essa lei de número 9.868 não trouxe expressamente em seus dispositivos a previsão para se apreciar por meio de ADIN normas pré-constitucionais, mas também não encontramos em seu texto menção a sua proibição. Tal silêncio é preenchido pela Jurisprudência da Corte datada de 1997 a última decisão.

Hoje, dez anos depois, ainda se invoca essa jurisprudência, o que nos leva a repensar se seria esse o posicionamento mais adequado, se a nova composição dos ministros da corte manteria esse posicionamento, e se ao assim proceder, não estaria o STF furtando-se da sua mais precípua missão de guardião da Constituição? Tais questionamentos ainda não estão prontos para serem respondidos, e por certo, não terão uma única resposta. Para tanto, é necessário observar se temos outra (s) via(s) de ação para essas normas pré-constitucionais, e se o resultado dela (s) é (são) satisfatório(s).

³⁵ Ainda que acusem tal afirmação de ser mera suposição, trata-se, na verdade, de uma conclusão lógica decorrente desse cenário apresentado supra.

4.2.2. CONTROLE CONCENTRADO POR MEIO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal para ser apreciada pelo STF na forma de lei. Essa lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 traz em seu art. 1º e parágrafo único as hipóteses de cabimento da ADPF. São três as hipóteses: (i) para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (ii) para reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; (iii) e quando for **relevante** o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Percebe-se, na parte final, a importância da análise desse instituto para o presente trabalho. Com isso, temos uma expressa previsão legal de controle concentrado para as normas pré-constitucionais, que como vimos, não podem ser apreciadas por via de ADIN. Contudo, algumas outras condições são impostas para que esse controle se processe: (i) a norma impugnada deve estar violando algum preceito fundamental e (ii) só se apreciará a arguição se não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, em face de seu caráter subsidiário.³⁶

Num primeiro momento, o problema reside em se esclarecer o que se entende por preceito fundamental, expressão que só aparece no texto constitucional quando da previsão da própria arguição. Diversos autores³⁷ trazem contribuição doutrinária sobre o tema, e a diversidade de opiniões demonstra a complexidade do instituto, que ao mesmo tempo, pode abarcar

³⁶ Esses requisitos vêm expressos na Lei nº 9.882/99, em seus artigos 3º, I e 4º, parágrafo único.

³⁷ Para saber as diversas posições doutrinárias, ver livro que reúne diversos artigos jurídicos sobre o tema, de variados autores. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99", organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo: Atlas. 2001.

quase tudo ou quase nada³⁸. Não é objetivo desse trabalho, porém, definir um conceito de preceito fundamental, mas sim, observar, como o STF tem utilizado das ADPFs e qual vem sendo a efetividade de tal argüição quando da apreciação de normas anteriores a CF/88.

O Supremo pode rejeitar o pedido de argüição se perceber faltar os requisitos elencados no art. 3º da referida lei, quais sejam: (i) a indicação do preceito fundamental que se considera violado; (ii) a indicação do ato questionado; (iii) a prova de violação do preceito fundamental; (iv) o pedido, com suas especificações; e (v) se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Nesse cenário, temos, portanto, que apesar de ter o STF longa Jurisprudência vetando da apreciação da Corte os casos de inconstitucionalidade de norma pré-constitucional, o legislador dotou o Supremo com mais uma competência, afirmando que ele deve sim realizar o controle de constitucionalidade das normas anteriores à Constituição. Desse modo, pouco importa para o legislador os motivos do STF de ter negado a via direta de controle, nem se embasa seu posicionamento em uma tese coerente ou não. O legislador apenas ditou uma nova atribuição, colocando na lei, a sua vontade de que quando houver relevância na matéria e houver desrespeito de preceito fundamental, cabe o controle constitucional por parte da Corte, ainda que se trate de norma anterior à Constituição.

Entretanto, uma válvula de escape para o Supremo existe na expressão relevante, ou seja, passa por seu próprio crivo dizer se tal conflito é relevante, e, portanto, se pode ser apreciado por via de ADPF. Com isso, ainda que o legislador queira atribuir essa nova competência ao Supremo, sempre será dele a decisão última de se saber se estamos diante de um conflito relevante,

³⁸ Nesse mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 33, discorre sobre a complexidade dessa via de ação, e se deve ter a expressão preceitos fundamentais interpretação restritiva ou extensiva. Ao longo de seu voto conclui que: "*Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um preceito fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio*". Ver ADPF-MC 33, de 29.10.2003. Pará – PA. Páginas 5 a 10.

claro que devendo sempre motivar a sua decisão. Temos, então, outro problema quando estamos diante de uma palavra que comporta mais de uma interpretação.

Um terceiro problema da argüição é o caráter subsidiário que restou consignado na referida lei. Desse modo, a ADPF só será admitida quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade do preceito fundamental. Novamente poderíamos com base nesse argumento retirar qualquer utilidade prática do instituto, mas o Supremo já se manifestou sobre esse tema, numa votação em que os Ministros acordaram em unanimidade (ADPF 33) com as palavras do Relator Gilmar Mendes, que ensina: "*A primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz de afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir ente nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático. De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), **meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata**". (grifos meus)*

Desse modo, o juízo de subsidiariedade deve levar em conta os demais processos objetivos do nosso sistema jurídico, o que significa dizer que, cabendo a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade não

será admissível a argüição de descumprimento e vice-versa; isso porque não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata (características das decisões do controle concentrado com eficácia *erga omnes*), há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Por outro lado, a existência de processos ordinários e de recursos extraordinários não pode excluir, *a priori*, a utilização da ADPF, até porque são meios de controle concreto não comportando os contornos de um processo objetivo. A propósito, também assinalou o Ministro Gilmar Mendes que: "*Ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. A necessidade de interposição de uma pletera de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF e das próprias Cortes ordinárias*".

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio eficaz de superar eventual lesão a preceito fundamental, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização do controle difuso não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido- decisão com efeito entre as partes apenas.

Em sendo assim, a ADPF aparece como uma alternativa para que se processe o controle concentrado das normas pré-constitucionais que desrespeitem algum preceito fundamental, ainda que com todos os problemas acima relatados.

Entretanto, o que a realidade nos mostra é que o instituto que poderia ser uma inovação no nosso sistema jurídico se mostrou ineficaz, quiçá, inoperante.

Primeiramente, porque existe uma ADIN que impugna a própria Lei 9.882/99. Apesar de isso não constituir um óbice à continuidade do julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental, como já decidiu o STF na já citada ADPF 33, o que se verifica é que são poucas as ADPFs que tem expressividade no cenário jurídico brasileiro.

Da busca relatada no capítulo metodológico, foram encontrados três acórdãos de ADPF sobre o tema, com o detalhe que um deles é a ADPF 33, e o outro a ADPF –MC 33, além da ADPF 54.

A ADPF 33 é ilustrativa para o presente trabalho, pois abarca todos os pontos importantes na configuração do instituto como um meio jurídico adequado para se verificar a compatibilidade ou não de certa norma pré-constitucional com a Constituição superveniente. Da mesma forma, nela os Ministros acordaram que a revogação da norma não impede o exame da matéria em sede de ADPF, uma vez que o que se postula nessa ação é a declaração de não recepção da norma pela nova ordem constitucional, porque com ela era incompatível, eivada do vício da inconstitucionalidade. Com isso, o que se percebe é que a tese do Ministro Sepúlveda Pertence, relatada anteriormente, é compatível com esse instituto, ainda que tenha perdido no que concerne à ADIN.

Entretanto, a ADPF limita o número de normas que podem ser apreciadas por controle concentrado, lembrando, que, dentre seus requisitos, a norma deve desrespeitar ou ameaçar algum preceito fundamental. Essa limitação é facilmente observada quando da pesquisa realizada, que conseguiu selecionar apenas dois casos.

Na ADPF 54 o pedido era para que o Tribunal declarasse ser constitucional a prática abortiva pelas mães grávidas de crianças anencefálicas. Dessa forma, essa antecipação terapêutica do parto não seria considerada crime de aborto, e nem poderia ser punida, ainda que essa hipótese não esteja explícita no Código, que destipifica a conduta em casos de estupro e risco a vida da gestante. Com isso, o que se alegou foi que a

dignidade da mulher e a sua autonomia da vontade, preceitos fundamentais, estariam sendo desrespeitados. O tribunal reconheceu a via de ADPF para se apreciar o caso, que ainda pende de julgamento final. Esse reconhecimento foi longo e numa votação apertada, por 6 votos a 4.

O que com isso se quer mostrar, é que em apenas dois casos, desde a edição da lei em 1999, o STF permitiu a apreciação por via de controle concentrado de normas pré-constitucionais. Apesar de ter sido a ADPF 33 muito expressiva quanto a esse controle, com os Ministros dando ensinamentos doutrinários em seus votos sobre o instituto, ele ainda não se mostrou eficaz para o controle das normas pré-constitucionais, uma vez que, ao ter todos os elementos para possibilitar o controle concentrado dessas normas, retirando da esfera difusa essa análise, não se mostra, na prática, ativa em sua missão, com reduzido numero de atuações.

4.3. CONTROLE DIFUSO DAS NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS:

Quando o STF decidiu que a incompatibilidade entre a norma anterior e a superveniente Constituição é uma questão de revogação, possibilitou, para qualquer caso, que essa incompatibilidade seja argüida perante qualquer juiz. A prestação jurisdicional pode ser requerida a um juiz singular, observada sua competência, no curso da ação, pedindo-se que se afaste, por exemplo, a incidência de uma certa norma, por ter sido esta revogada pela CF/88. Se chegar em grau de recurso tal tipo de ação, poderá o Tribunal Federal se manifestar e decidir por maioria simples.

As conseqüências desse processo é que esse meio de ação via acidental só terá efeitos entre as partes, não se afastando o risco de os juízes e tribunais terem opiniões divergentes, que estarão livres para decidir pela revogação ou não em outro caso concreto. O Senado federal não poderá intervir na questão para suspender a execução da lei que a nova Constituição não teria recepcionado, apenas poderá, e se quiser, elaborar e promulgar nova lei que revogue expressamente a anterior sobre a mesma matéria.

Em decisões desse tipo, por diversas vezes já foi requisitada a opinião do Supremo, para constatar em ultima via recursal a revogação de uma certa lei, ou de alguns de seus dispositivos, ou a sua aplicação, porque recepcionada, no todo ou em parte, pela Constituição Superveniente. Cita-se, para fins demonstrativos apenas, os recursos apreciados pelo STF, pós-88, resultantes da busca no sítio do Supremo relatada no capítulo metodológico.

São eles:

RECURSOS	JULGAMENTO
HC 67931 / RS - RIO GRANDE DO SUL	18/04/1990
Rp-QO 1252 / ES - ESPÍRITO SANTO	01/04/1992
RE 148754 / RJ - RIO DE JANEIRO	24/06/1993
Rp 1340 / BA - BAHIA	12/11/1993
RE 169091 / RJ - RIO DE JANEIRO	07/06/1995

RE-ED 170190 / DF - DISTRITO FEDERAL	08/08/1995
RE-ED 169148 / RS - RIO GRANDE DO SUL	15/09/1995
RE-ED 174281 / SC - SANTA CATARINA	15/09/1995
RE-ED 195029 / MG - MINAS GERAIS	13/05/1996
RE 162620 / SP - SÃO PAULO	28/06/1996
RE 200103 / DF - DISTRITO FEDERAL	28/06/1996
RE 193817 / RJ - RIO DE JANEIRO	23/10/1996
RE 158208 / RN - RIO GRANDE DO NORTE	27/11/1996
RE 178144 / AL - ALAGOAS	27/11/1996
RE-ED 214229 / RS - RIO GRANDE DO SUL	13/02/1998
RE 272872 / RS - RIO GRANDE DO SUL	04/04/2001
RE 238166 / SP - SÃO PAULO	05/06/2001
RE 269675 / RS - RIO GRANDE DO SUL	17/10/2001
RE 269700 / SC - SANTA CATARINA	17/10/2001
RE 290079 / SC - SANTA CATARINA	17/10/2001
RE-AgR 272942 / RS - RIO GRANDE DO SUL	13/11/2001
RE-ED 280140 / RS - RIO GRANDE DO SUL	13/11/2001
RE 298372 / SC - SANTA CATARINA	18/12/2001
RE 180828 / RS - RIO GRANDE DO SUL	14/03/2002
RE-AgR 316929 / DF - DISTRITO FEDERAL	18/06/2002
RE-AgR 328646 / PR - PARANÁ	25/06/2002
RE-AgR 293970 / DF - DISTRITO FEDERAL	06/08/2002
RE-AgR 250545 / SP - SÃO PAULO	20/08/2002
RE-AgR 240435 / SP - SÃO PAULO	17/09/2002
RE-AgR 331500 / SP - SÃO PAULO	02/09/2003
RE-AgR 402287 / SP - SÃO PAULO	09/03/2004
RE-AgR 395172 / DF - DISTRITO FEDERAL	23/03/2004
AI-AgR 487654 / SP - SÃO PAULO	30/03/2004
RE 396386 / SP - SÃO PAULO	29/06/2004
RE-AgR 423721 / MG - MINAS GERAIS	29/06/2004
AI-AgR 465922 / RS - RIO GRANDE DO SUL	23/11/2004
RE-AgR 217141 / SP - SÃO PAULO	13/06/2006
AI-AgR 457657 / RJ - RIO DE JANEIRO	14/11/2006
AI-AgR 542380 / RJ - RIO DE JANEIRO	14/11/2006
AI-AgR 531013 / RJ - RIO DE JANEIRO	21/11/2006
AI-AgR 513465 / RJ - RIO DE JANEIRO	12/12/2006
AI-AgR 566965 / RJ - RIO DE JANEIRO	13/12/2006
RE-AgR 458933 / RJ - RIO DE JANEIRO	13/12/2006
AI-AgR 470575 / RJ - RIO DE JANEIRO	06/02/2007
RE-AgR 410954 / RJ - RIO DE JANEIRO	03/08/2007

4.4. A MESMA PROBLEMÁTICA PARA O CASO DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS:

É de ter-se presente, o decidido na ADIN-02 que fixou que a incompatibilidade entre a lei infraconstitucional anterior em face da Constituição posterior se resolve pela revogação da primeira e não por sua inconstitucionalidade, não podendo portanto, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Importante notar que esse raciocínio não se mostrou perdido no tempo, uma vez que depois de um certo período, por volta de 1992, parou-se de intentar essa via para o controle constitucional das normas anteriores a 1988. Essa questão permanece corrente nos tribunais, já que o mesmo raciocínio, e portanto, a mesma justificativa é utilizada para se negar a via de ADIN, quando se pretende a inconstitucionalidade de certa norma, impugnada por violação de dispositivos constitucionais alterados por Emenda Constitucional. Por trazer novo texto aos dispositivos constitucionais, as Emendas reformam o conteúdo da Constituição, que passa a ser considerada como uma Constituição Superveniente, naquele trecho alterado. A mesma lógica do *leading case* aqui se aplica, a fim de tirarmos as mesmas conclusões. Temos, portanto que:

- o vício de inconstitucionalidade é congênito a lei e deve ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração = se a Constituição foi reformulada por emenda, trata-se de novo texto constitucional, superveniente, não mais vigente ao tempo de elaboração da norma, que ainda que posterior a 1988, é anterior a Emenda Constitucional que reformulou o (s) dispositivo(s) constitucional ao qual essa norma retirava a sua validade.

- lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente= logo, resolve-se por mera revogação, não cabendo a via de ADIN.

- nem o legislador poderia infringir constituição futura, e nem o legislador poderia cumprir constituição futura = ou seja, não se pode pretender que uma norma inconstitucional teria sido feita para tornar-se constitucional por revisão ulterior da Constituição

Isso quer dizer que os mesmos argumentos valem, atualmente, para as normas editadas pós-88 , quando são confrontadas com o texto constitucional, e se antes do julgamento da ADIN, o referido texto é reformado por meio de emenda constitucional. A nova redação de um artigo constitucional é fenômeno equiparado com a superveniência da constituição, ainda que em apenas uma parte (parte essa que conflitava com a lei impugnada).

Sem a ciência desse obstáculo, muitas ADINs foram propostas no STF, e em todas restou prejudicada a argüição de inconstitucionalidade, por impossibilidade jurídica do pedido. Isso porque se certa lei foi publicada anteriormente à entrada em vigor da emenda constitucional, essa emenda também deve ser levada em consideração no exame da constitucionalidade da referida lei, dada a causa de pedir em ação direta de inconstitucionalidade ser aberta. A consequência é o não cabimento da ADIN, resolvendo-se o conflito no âmbito da revogação. Sabendo-se disso, muitos legitimados requisitaram ao Supremo que analisasse a possível inconstitucionalidade de certa norma que impugnavam por violação de dispositivos constitucionais que não foram alterados por Emenda Constitucional, ainda que existisse certa Emenda versando sobre o tema de que trata a norma impugnada. Decidiu a Corte que essa situação não elide a prejudicialidade da ação, pois se verifica inovação substancial no parâmetro constitucional de aferição da regra legal impugnada. Como se sabe, a causa de pedir nas ações diretas é aberta, não sendo admissível a avaliação da legitimidade da norma impugnada apenas pela análise parcial do texto constitucional. O Tribunal, embora adstrito ao pedido, não o é a *causa de petendi*, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos deduzidos na inicial. (ADIN-MC 1896- DF, Sydney Sanches, DJ de 28/05/99).

Nessa linha afirmou o Ministro Gallotti que “*não comportando contemplação apenas parcial a avaliação da constitucionalidade dos dispositivos impugnados na ação, e não sendo possível completar-lhe o exame mediante o confronto com norma constitucional, ulterior à sua edição, não se torna viável conhecer do pedido*”.

Novamente, a título exemplificativo, segue uma tabela de julgados do Supremo sobre o tema, e em todos, o controle por via abstrata foi negado com a edição da Emenda superveniente. Cumpre ressaltar, ainda, que quando da elaboração desse trabalho a hipótese supra relatada não era conhecida, de modo que a busca de acórdãos não foi fixada nessa análise, o que explica o porquê das palavras selecionadas citadas no capítulo metodológico. Ocorre que, dentro daquele campo de busca, nove ADINs apareceram sobre esse tema, o que foi muito produtivo e complementou a análise a que esse trabalho se propõe. Mas uma nova busca não foi feita, e outros acórdãos foram achados por terem sido citados pelos Ministros nesses nove acórdãos. Com base nesses dados apenas, a tabela foi estruturada, ou seja, não se pretende que ela seja completa, abarcando todos os acórdãos do STF sobre o assunto.

AÇÕES DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	JULGAMENTO
ADIN-MC 561 / DF - DISTRITO FEDERAL	23/08/1995
ADIN 1493 / DF - DISTRITO FEDERAL	26/09/1996
ADIN-MC 1380 / AL - ALAGOAS	03/02/1997
ADIN 718 / MA - MARANHÃO	05/11/1998
ADIN 1907 - QO / DF- DISTRITO FEDERAL	18/02/1999
ADIN 512 / PB- PARAÍBA	03/03/1999
ADIN 1137 / RS - RIO GRANDE DO SUL	25/03/1999
ADIN 575 / PI - PIAUÍ	25/03/1999
ADIN 1674 / GO - GOIÁS	29/03/1999
ADIN 60 /BH - BAHIA	17/06/1999
ADIN 1993 /DF - DISTRITO FEDERAL	23/06/1999
ADIN 1434 / SP - SÃO PAULO	10/11/1999
ADIN 2131 / BH- BAHIA	28/06/2000
ADIN 2058 / PI - PIAUÍ	02/08/2000
ADIN 1550 / AL - ALAGOAS	23/05/2001
ADIN 2055 / DF - DISTRITO FEDERAL	23/05/2001
ADIN 2009 / DF - DISTRITO FEDERAL	23/05/2001

ADIN 1143 / AP - AMAPÁ	07/06/2001
ADIN 2112 / RJ - RIO DE JANEIRO	15/05/2002
ADIN 2475 / BA - BAHIA	15/05/2002
ADIN-MC 2501 / MG - MINAS GERAIS	15/05/2002
ADIN 1717 / DF - DISTRITO FEDERAL	07/11/2002
ADIN 1691 / DF - DISTRITO FEDERAL	05/02/2003
ADIN 2531-AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL	21/08/2003
ADIN 2197 / RJ - RIO DE JANEIRO	10/03/2004
ADIN 396 / RS - RIO GRANDE DO SUL	27/05/2004
ADIN 2871 / PI - PIAUÍ	09/08/2006
ADIN 3569 / PE - PERNAMBUCO	02/04/2007

Mais uma vez, a via de controle difuso é a que se mostra apta para se saber se houve a revogação da lei em face da Constituição que teve seu texto emendado, seja com alterações substanciais ou não, e a via de ADPF com as restrições que o instituto comporta.

5. CONCLUSÃO:

Conforme foi possível perceber desse trabalho, é complexa a regulação do convívio entre a Constituição Nova e a legislação anterior. Em princípio, a Constituição não cancela as normas jurídicas anteriores, porque isto equivaleria a instaurar o caos e a insegurança total nas relações jurídicas.

Desse modo, o que ocorre, em resumo, é que a Constituição superveniente apenas revoga aquelas normas que são com ela incompatíveis. Assim ficou decidido na ADIN-02, de 06.02.1992, julgado que é considerado um *leading case* sobre esse tema. A Jurisprudência que se seguiu do Supremo Tribunal Federal, manteve essa mesma postura, negando, portanto, às normas anteriores à Constituição apreciação por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ser hipótese de revogação, não podendo se falar de inconstitucionalidade superveniente.

Esse posicionamento adotado pelo Supremo reproduziu o mesmo entendimento que a Corte já tinha, desde 1952, ainda que não houvesse ADIN, pois havia instituto similar, a Representação de Inconstitucionalidade.

Entretanto, com a promulgação da Lei 9.882/99, que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista na CF/88, o legislador ampliou a competência do STF, impondo-lhe nova função, qual seja, de apreciar, em via direta, o conflito de norma pré-constitucional com a Constituição vigente, quando houver ofensa a preceito fundamental e a controvérsia se fizer relevante. Talvez aqui, os argumentos da tese dos votos vencidos na ADIN-02 sejam pertinentes, pois ressaltaram o papel do Supremo como guarda da Constituição, como um dos motivos para se abrir a via de ADIN às normas pré-constitucionais. Com isso, fica possível, hoje, ainda que de forma restrita, o controle constitucional dessas normas por via direta, com todos os problemas que o instituto da ADPF apresenta, como já explicado no decorrer do trabalho.

Finalmente, essas normas podem ser apreciadas sempre por via difusa, uma vez que o conflito suscitado a um Juiz singular entre uma norma anterior e a Constituição superveniente, pode chegar, por via recursal, ao STF, se presentes os requisitos necessários.

O mesmo raciocínio acima explicado foi importado para as normas editadas pós 1988, mas que tinham como fundamento constitucional dispositivo que foi alterado por Emenda Constitucional, aumentando-se, ainda mais, o número de ADINs não conhecidas pelo STF, negando-se a outras tantas normas apreciação por meio de ADIN, que ficam limitadas a via de ADPF, ou a via difusa.

De forma bem sintética, essas foram as conclusões a que se chegou ao fim do presente estudo.

Entretanto, com base nessas informações alguns questionamentos podem ser levantados, para se finalizar com uma problematização do assunto. Quando o STF determina que aquela norma pré-constitucional não pode ser apreciada por meio de ADIN, que possibilitaria de forma ampla uma análise da sua constitucionalidade, com efeito *erga omnes* e com vinculação a todos, deixa a situação dessas normas no nosso ordenamento jurídico um tanto quanto confusa e incerta.

Se, por um lado, o reconhecimento judicial da revogação da lei, com a entrada em vigor da nova Constituição (ou Emenda Constitucional) é mais fácil, pois não exige o voto da maioria absoluta do tribunal, por outro, torna essa questão capaz de ensejar muitas dúvidas e vacilações, pois a decisão no sentido da revogação só terá efeito entre as partes, não afastando o risco de os juízes e tribunais terem opiniões divergentes, decidindo de uma forma ou de outra, gerando confusão e trazendo insegurança para um tema que é da maior gravidade. A diversidade de decisões judiciais ora mandando que a norma inquinada discipline determinada relação jurídica, ora ordenando que a mesma relação jurídica não fique subordinada àquela norma, propicia insegurança jurídica e social. O nível de intranquilidade que a falta de uma

definição geral implica, afeta toda a sociedade, sobretudo, tratando-se de matéria que requer juízo de incompatibilidade ou compatibilidade com a nossa Constituição.

Nesse cenário, sigo consciente de que, a opção que o problema impõe, não é apenas técnica/jurídica, e sim de política constitucional. Conforme se percebeu dos votos analisados da ADIN-02, existe razoabilidade jurídica das várias soluções aventadas no julgado. Prova disso é a aceitabilidade de ambas as teses, seja na doutrina ou no direito estrangeiro. Admitida, assim, a plausibilidade das soluções propostas, a eleição entre elas por um Tribunal Constitucional há de guiar-se no sentido que se lhe apresente como a mais adequada à efetividade da Constituição, que é e deveria ser o cometimento fundamental do STF.

Competindo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*), penso ser razoável que conste das atribuições da Corte o julgamento para auferir a compatibilidade das normas pré-constitucionais com a Constituição Vigente, independentemente da via que se queria adotar (pode ser por meio de ADIN, ou ainda, por meio de uma ação declaratória de revogação de lei ou ato normativo, por incompatibilidade com a Constituição, conforme defendem alguns autores). Com isso, o que se pretende ressaltar não é que o posicionamento do Ministro Sepúlveda está correto, e que o do Relator Brossard está incorreto. Pouco importa, aqui, defender se essa compatibilidade constituiu hipótese de revogação ou hipótese de inconstitucionalidade, com as devidas premissas e conceitos jurídicos que cada tese comporta. Por isso, não importa o nome da via de ação pela qual defendo que essa compatibilidade seja auferida. Confesso que o caminho mais fácil seria por via de ADIN, por estar o instituto já consolidado e regulamentado, comportando todas as características que considero fundamentais para se conferir segurança jurídica ao ordenamento pátrio (efeito vinculante e contra todos). Entretanto, o foco dessa defesa não reside no meio processual escolhido, mais sim, no resultado que essa apreciação por via direta das normas pré-constitucionais teria na nossa sociedade.

Trata-se, pois, de uma preocupação de natureza político-institucional, e não de razões de lógica-jurídica. Essa preocupação institucional é que me faz defender a abertura da via do controle direto e concentrado de constitucionalidade à aferição da compatibilidade com a nova ordem das leis anteriores, a fim de se criar mais um instrumento de preservação da integridade da ordem constitucional vigente.

Poder-se-ia neste passo, objetar com argumentos como a recorrente preocupação com o nível de sobrecarga de trabalho do STF. Na realidade, esse argumento, ainda que verdadeiro, não pode constituir óbice ao princípio da superioridade das normas constitucionais, nem ao da segurança jurídica. Cumpre ressaltar que o STF detém algumas competências excessivas que dificultam e entram a sua atuação de Corte Constitucional. Faz-se necessário, então, um aperfeiçoamento das funções do Pretório Excelso, reservando-lhe apenas as questões próprias da jurisdição constitucional, transferindo-se os demais assuntos atinentes ao direito comum para a esfera de atribuições do Superior Tribunal de Justiça, pois só assim poderá exercer plenamente a sua nobre função de guardião da Constituição.

O Regimento Interno do STF prevê em seu artigo 103 que: "*Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário*". Desse modo, o fato de ter sido essa questão decidida em processo objetivo não a torna imune às alterações interpretativo-jurídicas posteriores, podendo ser submetida ao Tribunal a qualquer tempo, se algum Ministro acreditar que certo posicionamento está equivocado.

Invoco, então, essa saída, para que o STF mude seu posicionamento, e passe a apreciar a constitucionalidade das normas pré-constitucionais. Servirá, assim, melhor às inspirações do sistema jurídico brasileiro, porque estará dando o máximo de efetividade, em todos os níveis do ordenamento, à nossa Constituição Federal, missão essa que, a meu ver, o Supremo não se pode demitir, como vem fazendo, nesse ponto, por muito tempo.

6. BIBLIOGRAFIA:

- Amaral Junior, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade – Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Bittencourt, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis (1949)*, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Rev. Coimbra. Livr. Almedina, 1993
- Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- Clève, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Dantas, Ivo. *O valor da constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da supra legalidade constitucional*, 2.ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001: 186 - 193.
- Dimoulis, Dimitri. "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação". *Revista dos Tribunais* 832 (2005),12-36.

_____, "Onze teses sobre o controle de constitucionalidade", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2 (2207) Ed.Fórum.
- Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- Loureiro, Lair da Silva/ Loureiro Filho, Lair da Silva. *Ação direta de inconstitucionalidade: Jurisprudência do órgão especial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo 1986/1995*, São Paulo: Saraiva, 1996: 420 - 430.

- Mandelli Junior, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003: 128 - 195.
- Miranda, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- Palu, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- Poletti, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- Ramos, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis – vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____, "Perspectivas de evolução do controle de constitucionalidade no Brasil", Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dedalus – Acervo – FD. São Paulo. 2005. 300 - 313.
- Rocha, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de constitucionalidade das leis municipais*, 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- Tavares, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (org). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. Atlas*. São Paulo. 2001.
- Veloso, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, Belém: Cejup, 1999: 124-133; 241-272.

Anexo 1:

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 75 – Paraná. Julgada em 01.04.92.

Debate ocorrido em 16.08.89.

QUESTÃO DE ORDEM (ÍNTEGRA)

O Sr. Ministro Moreira Alves: Pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando a lei é anterior à Constituição e esta se incompatibiliza com ela, o que rege esse problema são os princípios da revogação. E se trata de revogação, esta não dá margem a ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Em face de hipótese desta natureza, isto é, de lei anterior em face da Constituição nova, não me pareça que deva o Supremo Tribunal Federal fugir ao seu exame. A Constituição fala em ação direta de inconstitucionalidade, e acredito que o legislador constituinte tenha pretendido que esta Corte decida, mesmo quanto a lei anterior, se ela continua a vigorar ou não.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não é este o entendimento do Tribunal até agora.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Na sua função constitucional, no controle constitucional das leis, o Supremo Tribunal Federal deve examinar se ela subsiste, ou não, em face da Constituição nova. Do contrário, nós abriremos mão – esta a verdade – de uma função das mais relevantes.

O Sr. Ministro Moreira Alves: A questão constitucional poderá chegar a esta Corte por meio do controle difuso.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Isso é matéria constitucional e por isso mesmo da mais alta importância, e havendo possibilidade de examiná-la, numa ação direta de inconstitucionalidade, devemos fazê-lo até para dizer se ela subsiste, ou não, em face da Constituição. Vamos recusar-nos da apreciação de todas as leis anteriores à Constituição...

O Sr. Ministro Célio Borja (Relator): Sr. Presidente, peço que me conceda a palavra apenas por um momento.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: V. Exa. está com a palavra.

Sr. Ministro Célio Borja (Relator): Estou lucrando muito com o debate que se travou entre os eminentes colegas, mas gostaria apenas de fazer uma ponderação. Em primeiro lugar, estamos cuidando da suspensão da eficácia da medida. Em segundo lugar, pondero que se trata de incompatibilidade material, de conteúdo, entre uma norma federal e uma norma estadual. A questão que vai evidentemente surgir daí é uma questão de competência: quem, à luz da Constituição em vigor, é competente para determinar que se faça depósito judicial aqui, ou ali. Não é o conteúdo da norma que está em causa.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Toda revogação de lei por Constituição implica problema dessa ordem.

O Sr. Ministro Célio Borja (Relator): Não estou querendo sequer me comprometer com a tese. Estou dizendo que existe uma norma federal que, pela sua antiguidade, goza da presunção de que o legislador federal é o competente. Muito bem. Essa norma vai ser excluída, vai ter a sua vigência excluída do território do Estado do Paraná. O que quero dizer é que a questão é talvez um pouco mais complicada do que talvez estamos a supor agora. E como não se trata de resolver no mérito, mas simplesmente de evitar os males que podem decorrer da persistência da eficácia da norma estadual argüida de inconstitucional, o Tribunal simplesmente toma uma deliberação no sentido de suspendê-la. Há outra coisa Sr. Presidente: o ato jurisdicional de declarar *in casu*, pelo controle difuso, que certa norma é inconstitucional e, portanto, não se aplica, distingue-se do ato que Kelsen diz ser eminentemente legislativo, de declarar a inconstitucionalidade de certa norma, fixar o termo inicial de vigência dessa declaração e até reprimatizar, se for o caso as normas anteriores, à que a que é declarada inconstitucional e que foram por ela revogadas. O Sr. Ministro Moreira Alves costuma dizer, com inteira razão, que agimos, então, como legisladores negativos. Portanto, Sr. Presidente, penso que, no momento, nos devemos ater à conveniência, ou inconveniência de suspender os efeitos da norma impugnada. E os eminentes Ministros discutirão com grande eloqüência, com grande

sabedoria a questão de fundo que se coloca, muito bem levantada pelo eminente Ministro Moreira Alves.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas, V. Exa. está propondo ao Tribunal que suspenda a vigência de uma lei em processo de...

O Sr. Ministro Célio Borja (Relator): É a eficácia. Cada um de nós tem uma concepção, data vênua, fundamentada e justificada.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Os problemas da existência, validade e eficácia se colocam claramente na teoria do negócio jurídico, onde a distinção entre essas figuras é nítida. No que diz respeito à lei, essas distinções se complicam, até em face da figura da vigência.

O Sr. Ministro Célio Borja (Relator): Não estou revogando, estou propondo que não se aplique.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não o podemos fazer em ação direta de inconstitucionalidade, como, de há muito, entende esta Corte.

O Sr. Ministro Célio Borja (Relator): Inconstitucionalidade material e formal Ela regula a matéria, está sendo aplicada em todo o território nacional, ela vai ser excluída por ato da legislatura local...

O Sr. Ministro Moreira Alves: O que há no caso, é revogação, e não inconstitucionalidade, seja ela material ou forma, ambas essas modalidades relevantes.

O Sr. Ministro Célio Borja (Relator): O problema não é de relevância, ou de irrelevância, como V. Exa. disse muito bem ainda há pouco, é apenas de determinar a natureza jurídica das coisas.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas, para isso, vamos conceder medida liminar em caso em que, pela Jurisprudência pacífica desta Corte, não é susceptível de apreciação em ação direta de inconstitucionalidade?

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Se estive presente, a mim deve ter passado esse julgamento a que V. Exa. se refere.

O Sr. Ministro Sydney Sanches: Era sobre um dispositivo do Código de Processo Penal, que estava sendo impugnado em face da

Constituição de 1967 e o dispositivo era anterior a 67. O Tribunal entendeu de não conhecer porque o Código de Processo Penal era anterior e não podia ser examinado em ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Paulo Brossard: V Exa. me permite? Em 1943, o Ministro Castro Nunes, no seu livro "Teoria e Prática do Poder Judiciário", sustentou que não haveria revogação e, sim, constitucionalidade, mas reconhecia que era antiga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, no sentido da revogação.

O Sr. Ministro Moreira Alves: O problema ressurgiu, atualmente, por não haver controle difuso por parte das Cortes Constitucionais no sistema de exclusivo controle concentrado.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Ao que se sustenta, esta não é matéria de revogação, mas de caducidade ou incompatibilidade.

O Sr. Ministro Moreira Alves: É de revogação por inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Mas o que parece indubitável é que isso ocorre em virtude da inconstitucionalidade superveniente.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Esse é um problema altamente discutível, até porque a eficácia da revogação e a da declaração de inconstitucionalidade são diversas.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: De qualquer maneira, é apreciação de inconstitucionalidade...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Até as Ordenações, se algo restou delas, em vigor, tiveram mudada a sua razão de validade, com nova Constituição.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Data vênia, não mudou a razão de validade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, só mudou a razão formal de validade da lei velha que a ordem constitucional nova tenha recebido.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Data vênua, não se muda a razão formal de validade. Recebe-se ou não se recebe, mas não há modificação nenhuma.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: O que sustento é que, em verdade, a Constituição prevê uma ação direta de inconstitucionalidade a ser examinada pelo Supremo, e nela é possível decidir-se se a lei discutida continua ou não em vigor. O Supremo possui a missão de guardião da Constituição, que é a mais relevante e, por isso, creio que poderia dizer se a lei é ou não compatível com a Carta magna. Entendo que não se pode, o Supremo Tribunal Federal, deixar de examinar a inconstitucionalidade das leis existentes no País, frente às novas normas constitucionais. Se elas deixam de vigorar pela superveniência de nova Carta política, creio que ao STF cabe dizê-lo. Chame-se de caducidade, como querem alguns, como Jorge Miranda, constitucionalista português, chame-se de revogação, o que, segundo alguns só pode ocorrer com normas de nível equivalente na hierarquia das leis, chame-se, ainda de incompatibilidade com os novos preceitos constitucionais, a verdade é que o exame é feito em face da inconstitucionalidade superveniente. Se o STF tem a missão constitucional de julgar ação direta de inconstitucionalidade, creio que tal julgamento deve comportar o exame da lei atacada frente a nova Constituição, ainda que, tecnicamente não se deve dizer que houve inconstitucionalidade, mas sim, caducidade, revogação ou incompatibilidade, pois as normas antigas não subsistem ante a nova Carta Política e a missão constitucional do STF é fazer o exame do diploma legal para ver se ele subsiste ou não.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Inconstitucionalidade superveniente significa nulidade superveniente. E, aí, surge o problema: existe nulidade superveniente? Esse é o problema sério.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: O que quero dizer é que se a lei foi revogada, e ela o foi em face da Constituição, caberia ao Supremo Tribunal Federal dizê-lo.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não em ação direta de inconstitucionalidade, pois revogação e a declaração de inconstitucionalidade são figuras distintas.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: São distintas, mas o efeito é o mesmo. Ela está revogada em face da Constituição...

O Sr. Ministro Moreira Alves: Também os efeitos são diversos.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Se ela não mais vigora, em face da Constituição nova, tal ocorre da promulgação desta.

O Sr. Ministro Moreira Alves: O problema, portanto, não é de invalidade, mas de revogação, não se aplicando, pois, a presunção de constitucionalidade que demanda quorum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Não se trata disso, mas apenas de apreciarmos a lei anterior, em face da Constituição nova. Provocados, podemos deixar de examinar se ela continua a vigorar, ou não?

O Sr. Ministro Moreira Alves: A meu ver, não, pois não se trata de inconstitucionalidade por infringência à Constituição, mas apenas por incompatibilidade superveniente.

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: O ato em si poderá ser inconstitucional, se a lei o for.

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente): Já está suficientemente debatida a questão. O eminente Ministro Moreira Alves submete ao Tribunal uma questão preliminar. Ao que compreendi S. Exa. entende que o autor, na hipótese é carecedor da ação e, preliminarmente, S. Exa. não conheceria da ação. O eminente Relator deferiu a medida cautelar.