

## A ADI Nº 2 E A INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE<sup>1</sup>

Rommero Cometti Tironi

### 1. INTRODUÇÃO

Quando falamos de inconstitucionalidade, não se trata somente da ilegitimidade do legislador para a elaboração da lei ou do ato normativo. Claro, feita uma lei inconstitucional pelo Legislativo, ele exerceu ilegitimamente a atividade legislativa, visto que a emenda constitucional tem procedimento e quórum específicos, sendo ilegítimo o exercício legiferante nesse caso. O que não podemos olvidar é o fato de a lei, após ser promulgada e entrar em vigor, adquirir validade, passando a pertencer ao ordenamento jurídico e devendo obediência material à Lei Magna. Na lição de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

Essa compatibilização deve ser formal, no sentido de que devem estar de acordo com o modo de produção legislativo tracejado na carta maior; e *material*, de modo que o conteúdo desses atos guarde harmonia com o conteúdo da lei magna (grifo no original).<sup>2</sup>

RUY BARBOSA cita DICEY, o qual expõe o significado da expressão *inconstitucional* em três países (em 1893): na Inglaterra, significava que o ato a que se atribuía a pecha era contrário ao espírito da Constituição inglesa; na França, também que a lei era contrária à Constituição, sendo a expressão um “simplex termo de censura”; nos Estados Unidos, que o Congresso excedera seus poderes, sendo a lei, por consequência, não necessariamente, todavia, reprovável do ponto de vista material.<sup>3</sup> Talvez por falta de cuidado, em muitos países a expressão era (e ainda é) tomada de maneira incompleta. É a inconstitucionalidade material que ora abordamos, pois a formal certamente só pode ser aferida perante a Lei Maior sob cuja égide a lei se criou.

É inegável que, elaborada em conformidade com o previsto na Constituição sob cujo império surgiu, a atividade legiferante foi legítima, portanto é constitucional a lei (pressupondo aqui também a sua constitucionalidade material); mas não é só isso. A lei,

<sup>1</sup> Precedente repetido em outras ADIs, como: ADI 438/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.02.1992, DJ de 27.03.1992; ADI 85/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.02.1992, DJ de 29.05.1992; ADI 415/DF, rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.02.1992, DJ de 29.05.1992; ADI 344/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.02.1992, DJ de 07.12.1995.

<sup>2</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 29. No mesmo sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 98; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

<sup>3</sup> BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 41-42. No sentido inglês e francês, aparentemente a noção argentina atual, noticiada por BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2006, t. I, p. 124: “*Solamente si se manifiesta una discordancia sustancial con el texto de la Ley Fundamental que no pueda ser soslayada mediante una interpretación razonable y armónica, cabe afirmar la inconstitucionalidad de la norma jurídica*” (grifo nosso).

em qualquer tempo de sua vigência, deve-se harmonizar com a Carta Magna do momento, sob pena de inconstitucionalidade material, a qual é a simples situação de incompatibilidade conteudística entre a lei infraconstitucional e a constitucional.

Muitos autores de inescondível brilhantismo acabam por reduzir, de certa forma, o conceito de inconstitucionalidade. JORGE MIRANDA, por exemplo, pontua que “Por inconstitucionalidade deve entender-se, pois, o não-cumprimento da Constituição, por ação ou omissão, por parte dos órgãos do Poder Público”.<sup>4</sup> A inconstitucionalidade é vício da lei, e isso é de clareza solar. O não-cumprimento da Constituição por parte do Poder Público, na hipótese explicada por JORGE MIRANDA, apenas traduz a hipótese de inconstitucionalidade da lei por defeito de origem, isto é, por haver sido a lei elaborada de forma contrária aos ditames constitucionais. À lei atribuímos a pecha da inconstitucionalidade formal como decorrência dessa desobediência ao processo legislativo. Outra situação, ainda, nos permite dizer que uma lei é inconstitucional, nesse caso no seu âmbito material. É a situação de desconcerto conteudístico entre a lei e a Carta Maior, que também enseja a necessidade de se expungir aquela do ordenamento. Isso chamamos de inconstitucionalidade material. Os ministros aderentes da tese vencedora na ADI n. 2 fundamentam-se essencialmente na inconstitucionalidade formal para dizer que ela não pode ser aferida em face de Constituição posterior; mas isso é óbvio. O que tentaremos elucidar é a possibilidade (e a necessidade) de se permitir a declaração de inconstitucionalidade material de uma lei em face de Carta Magna a ela posterior mediante ação direta.

## 2. A TESE VENCIDA, DO EMINENTE MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

Em havendo uma ruptura na ordem jurídica, resultado do advento de uma nova Constituição, todas as leis a ela anteriores tornam-se leis novas, conquanto mantenham o mesmo conteúdo (nisto são concordes, entre outros, KELSEN<sup>5</sup>, JOSÉ AFONSO DA SILVA e MORTATI, como nos noticia SEPÚLVEDA PERTENCE em seu voto na ADI n. 2). Dessarte, havendo promulgação de uma nova Constituição, e sendo a lei anterior com ela incompatível, não há porque não falarmos de inconstitucionalidade. A lei, em seu aspecto material, é inconstitucional. É constitucional no que tange à ordem jurídica anterior, mas isso não mais importa. Perante a nova ordem jurídica há inconstitucionalidade, que é o estado de incompatibilidade entre uma lei e a Constituição que fundamenta todo o sistema jurídico a que pertence. Os efeitos dessa assertiva veremos mais adiante.

Qual é o sentido da expressão “não-recepção” se a nova Constituição veio depois? Como algo que vem depois pode “receber” algo que já existia? Uma coisa, para receber outra, deve preexistir a ela. É da natureza das coisas. Isso se explica porque, na verdade, como brilhantemente leciona KELSEN, renova-se a validade das leis compatíveis com a nova ordem jurídica, enquanto as incompatíveis são extirpadas do sistema jurídico, porque o novo ordenamento não as recebe.<sup>6</sup> Se as compatíveis são revalidadas, passam a integrar o ordenamento jurídico inaugurado pela nova

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, v. II, p. 274.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.146-147.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.146-147.

Constituição, posto que conservem o mesmo conteúdo que possuíam na ordem jurídica precedente. A nova Carta Política, como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, recebe as leis da ordem jurídica precedente que forem com ela compatíveis. Nas palavras de Sepúlveda Pertence, a recepção é um “procedimento abreviado de legislação”<sup>7</sup>. Com isso, podemos dizer, grosso modo, que a Constituição permite ou obsta o “procedimento abreviado de legislação” conforme haja compatibilidade material ou não.

Ademais, a possibilidade de dizermos que uma lei anterior a uma Constituição é inconstitucional em relação a ela (inconstitucionalidade superveniente) nos permite raciocinar no sentido do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo para discutir a questão. O STF, como precípua guardião da Carta Magna (art. 102), deve zelar tanto quanto possível pela compatibilidade de todo o ordenamento jurídico com a Lei Maior. Por que não se permitir a discussão da inconstitucionalidade superveniente em ação direta? Na lição de SEPÚLVEDA PERTENCE, em voto proferido na referida ADI:

[...] recusar a via da 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 (p. 79-80)<sup>8</sup>

Com isso só vemos vantagens ao sistema jurídico. Isso porque, enquanto não editada lei que expressamente revogue a lei não-recepcionada, a aplicação da lei só restará afastada após exercício mental de cada magistrado ao interpretar a lei em conformidade com a Constituição, no controle concreto de constitucionalidade (ressalvada a possibilidade da ADPF), cujos efeitos operam apenas entre as partes e somente no respectivo processo. É como uma planta atingida por uma praga. A eliminação da praga em apenas um local possibilita tão-somente a salvação daquela parte específica da planta e exclusivamente naquele momento, porque a praga novamente se espalhará por aquela região, contaminando novamente as plantas que ali crescem. A inconstitucionalidade de uma lei visualizada no controle incidental apenas permite o afastamento da aplicação da lei naquele processo e naquele momento. Terminado o processo, a lei inconstitucional (ainda não expurgada do sistema) continua contaminando o ordenamento, inclusive podendo ser considerada constitucional em outro processo que envolva as mesmas partes, porquanto a constitucionalidade de uma lei é examinada nos fundamentos da sentença, e não no dispositivo, não fazendo coisa julgada material, portanto, o argumento da inconstitucionalidade da lei utilizado pelo magistrado em processo anterior. No atual entendimento jurisprudencial brasileiro, essa contaminação poderia ser afastada pela revogação expressa dessa lei por uma outra lei ou pelo ajuizamento de uma ação de descumprimento de preceito fundamental, ação de controle abstrato que, por expressa prescrição legal, pode versar sobre a constitucionalidade de lei ou de ato normativo anterior à Constituição vigente (art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.882/99).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Excerto do voto proferido na ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

<sup>8</sup> ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 549-550.

Não é absurda, como estamos aos poucos demonstrando, com arrimo em autorizadas doutrina e jurisprudência, a tese da possibilidade do controle de constitucionalidade de lei anterior em face de Constituição posterior. Tanto isso é verdade que o próprio Supremo, em sede de recurso extraordinário, reserva para si a competência para julgamento dos que versam sobre revogação de lei por inconstitucionalidade superveniente.<sup>10</sup> Faz isso porque é assente o entendimento segundo o qual é possível, no controle incidental, confrontar uma lei com Constituição a ela posterior.

O que pretendemos defender com isso é que, permitindo-se a discussão da inconstitucionalidade superveniente em ação direta, se permitiria a decretação da nulidade da lei (com efeitos *erga omnes*), o que eliminaria a margem interpretativa concedida aos magistrados ao raciocinarem acerca da possibilidade ou não da sua aplicação. Quanto à produção de efeitos *ex tunc*, não há modificação substancial. A inconstitucionalidade é, como sabemos, congênita. É perfeito o seguinte entendimento, esposado pelo eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE<sup>11</sup>: declarada a inconstitucionalidade superveniente de uma lei no julgamento de uma ação direta pelo Supremo, essa decisão seria declaratória, com efeitos *ex tunc*, como de regra ocorre (ressalvados os casos de modulação dos efeitos, permitidos por lei). O detalhe está em que a retroação dos efeitos da decisão será observada desde o surgimento da causa da inconstitucionalidade superveniente da lei, qual seja, a promulgação da nova Constituição, data com a qual coincide o (res)surgimento da lei, revalidada que foi. A lei, em sua origem primeira, como dissemos, era constitucional. Tornou-se inconstitucional (materialmente) assim que se promulgou a nova Carta Magna, momento em que adquiriu novo fundamento de validade, em que se revalidou, portanto. Assim já dispõe o art. 282, 2, da Constituição portuguesa, desde a revisão constitucional de 1982, disciplinando que, tratando-se de inconstitucionalidade por infração a norma constitucional posterior, “a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última”.

SEPÚLVEDA PERTENCE, para mostrar que não há diferença em se chamar o fenômeno de inconstitucionalidade superveniente ou de não-recepção, chama os seus efeitos de *revogação qualificada*, porque derivados de *inconstitucionalidade superveniente*. Concordando com LÚCIO BITTENCOURT, admite que o juízo de inconstitucionalidade pode resultar em diversos efeitos, tais como inexistência, nulidade ou anulabilidade; ineficácia *ab origine* ou revogação qualificada.<sup>12</sup> Pouco importam os efeitos do fenômeno, desde que se não deixem de lado a sua característica elementare: a existência de inconstitucionalidade. Consoante as palavras elucidativas do próprio ministro:

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*,

<sup>10</sup> BARROS, Humberto Gomes. Inconstitucionalidade superveniente e recurso especial, **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 1995, p. 46-47.

<sup>11</sup> ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

<sup>12</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 131.



porque derivada da *inconstitucionalidade superveniente* de lei anterior à Constituição.

[...]

E a Constituição não restringiu o cabimento da ação direta segundo os *efeitos da inconstitucionalidade* arguída, admito-a, não apenas quando, da declaração em tese da sua invalidez, deva resultar a inexistência ou a nulidade da norma questionada, mas também a sua revogação por inconstitucionalidade, sempre que a incompatibilidade derivar da vigência da Constituição sobrevinda (grifos no original).<sup>13</sup>

LÚCIO BITTENCOURT, com perspicácia, argumenta que a inconstitucionalidade é o estado de incompatibilidade entre uma lei e a Constituição que fundamenta sua validade em última instância, enquanto a revogação é um possível efeito do reconhecimento desse estado. Corrobora esse pensamento a Corte Constitucional espanhola, em passagem citada por GARCÍA DE ENTERRÍA e noticiada por PERTENCE: “[...] *inconstitucionalidad non es la consecuencia, sino simplemente la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad*”.<sup>14</sup>

Para SEPÚLVEDA PERTENCE, o fato de se considerar o fenômeno uma *inconstitucionalidade superveniente* é mais adequado porque abre-se a via da ação direta para se discutir a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Lei Fundamental. As vantagens são numerosas, podendo-se apontar a rapidez, a uniformidade e a definitividade que uma decisão em ação direta proporciona. Em passagem de rara felicidade, o ilustre Min. JOSÉ DANTAS afirmou, em seu voto no REsp 12.005-0/RS:

É que ousar contrariar, com mais imperdoável "audácia", o saudoso Ministro Vítor Nunes, por me parecer mesmo bizantina, quando nada para o efeito formal de que trata, a distinção entre declarar revogada a lei por inconstitucionalidade com uma nova Constituição, ou declará-la inconstitucional, desde então.

*A meu ver, o incidente da inconciliação de uma lei, de um ato normativo, com a Constituição, qualquer que seja a terminologia que se use, ou a época de seu exame, configura um conflito de constitucionalidade, sujeito às mesmas regras de controle; por sua via cabe apagar-se a presunção de legitimidade daquele ato, só e só em homenagem à hierarquia das leis. Conseqüentemente, d.m.v., não me impressiona que a terminologia - seja a de declarar implicitamente revogada ou a de declarar inconstitucional a norma, para o único efeito de inaplicá-la - tenha força para distinguir o procedimento formal da declaração, mormente quando o caso assim já foi juridicamente enquadrado pelo órgão julgador do recurso em que se deu o incidente, dado*

<sup>13</sup> Passagem do voto proferido na ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

<sup>14</sup> Trecho do voto proferido por SEPÚLVEDA PERTENCE na ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

tratar-se hipótese concreta anterior à vigência da nova Constituição (grifo nosso).<sup>15</sup>

HUMBERTO GOMES DE BARROS afirma categoricamente que “[...] o Tribunal, quando declara a inconstitucionalidade superveniente, exercita evidente controle de constitucionalidade”.<sup>16</sup>

Quanto à questão de se dever utilizar o critério temporal ou o hierárquico para a solução de antinomias, NORBERTO BOBBIO afirmou que “o critério cronológico vale como critério entre duas normas colocadas no mesmo plano”, enquanto, “quando duas normas são colocadas sobre dois planos diferentes, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos”.<sup>17</sup> O critério, então, não é cronológico, mas hierárquico, consoante as palavras de um dos principais sistematizadores da teoria: “A doutrina é concorde em sustentar que no caso de conflito entre critério hierárquico e critério cronológico *prevalece o hierárquico*”.<sup>18</sup> Em reforço de nosso entendimento, raciocinemos da seguinte forma: quando uma lei ordinária contrária a uma preexistente entra em vigor, esta é revogada por aquela, em decorrência do princípio segundo o qual lei posterior revoga anterior; já se a lei anterior era a Lei Fundamental é trivial o entendimento de que a nova lei ordinária seria inconstitucional, prevalecendo a primeira. Ora, só há uma conclusão possível: o critério hierárquico tem prevalência sobre o temporal. CÉLIO BORJA, malgrado adira à tese da revogação pelo critério temporal, a qual ora repudiamos, reconhece o caráter peculiar que assume o fenômeno diante da incompatibilidade hierárquica entre as normas.<sup>19</sup>

No direito comparado, científica-nos SEPÚLVEDA PERTENCE, é predominante a tese da possibilidade de se levar a efeito o controle abstrato de leis precedentes à Lei Maior pela via da ação direta. Na Itália e na Alemanha<sup>20</sup>, os Tribunais Constitucionais já assertaram a sua competência para ação direta fundada em incompatibilidade de lei pré-constitucional com a nova Carta Magna. Também na Espanha, como noticia GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por SEPÚLVEDA, “*no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derrogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad*” (sentença de 2.2.81). Em Portugal, já dissemos, o art. 282, 2, da Constituição autoriza o controle concreto de constitucionalidade de lei anterior em face dela. Aparentemente na Colômbia também se admite essa prática, consoante é possível deprendermos do *artículo 241 da Constitución Política*, de 1991, assim redigido:

<sup>15</sup> REsp 12.005/RS, 4ª T., rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 20.04.1993, DJ de 28.06.1993, p. 12.895.

<sup>16</sup> BARROS, Humberto Gomes. Inconstitucionalidade superveniente e recurso especial, **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 1995, p. 48.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB-Polis, 1989, p. 106.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 205.

<sup>19</sup> BORJA, Célio. O controle jurisdicional de constitucionalidade. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, Forense, 1943, p. 603, citando lição de CASTRO NUNES.

<sup>20</sup> ERNST FRIESENHAHN, GARCÍA DE ENTERRÍA e GILMAR FERREIRA MENDES nos trazem a notícia, transmitida pelo eminente ministro SEPÚLVEDA em voto proferido na ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

*“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

[...]

*4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”<sup>21</sup>*

Para a definição da melhor solução, avultam questões político-constitucionais. Não se deve analisar a questão sob o estrito âmbito do direito, mas também e especialmente do ponto de vista político. É impreterível a verificação dos efeitos que uma e outra opção podem proporcionar para que adotemos a melhor. ZAGREBELSKY<sup>22</sup> já havia constatado isso. No sentido da prevalência da tese por nós propugnada estão, ainda, consoante notícia de SEPÚLVEDA PERTENCE<sup>23</sup>, CALAMANDREI, GARCÍA DE ENTERRÍA, KONRAD HESSE e JORGE MIRANDA. É irrelevante que os escritos sejam de países em que o controle é unicamente concentrado, como derradeiramente observa o eminente ministro, pois o que temos que buscar é a segurança jurídica e o cumprimento do papel do Supremo na guarda da Constituição. A existência do controle incidental e da ADPF não justifica o afastamento da ação direta em casos como o ora examinado. Quanto maior a diversidade de vias, mais efetividade poderemos dar à jurisdição constitucional.

### 3. A TESE VENCEDORA, DO EMINENTE MIN. MOREIRA ALVES

O eminente Min. MOREIRA ALVES, para refutar a percuciente argumentação de SEPÚLVEDA PERTENCE, inicia seu voto afirmando não haver, no Brasil, o fenômeno da *recepção novatória*, existente nos sistemas europeus de controle concentrado de constitucionalidade. Pela recepção novatória, “a lei que era inconstitucional em confronto com a Constituição sob cujo império foi editada se torna constitucional perante a Constituição superveniente, não mais sendo susceptível de ser apreciada sua inconstitucionalidade anterior”. O sistema brasileiro não admite a recepção novatória. Se admitisse, criar-se-ia um terrível impasse, relatado por MOREIRA ALVES: ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade, seria ela julgada improcedente, pois a lei, nula (porque inconstitucional) na antiga ordem jurídica, convalidara-se quando se promulgara a Constituição de 1988. Por outro lado, no controle incidental, poderia o magistrado considerar aquela lei inconstitucional por haver infringido a Constituição da época em que foi editada. O confronto de uma lei com Constituições anteriores à atual, como é sabido de todos, só pode ser feito no controle incidental (excetuando-se a ADPF), razão pela qual se poderia criar um contrasenso incontornável: a lei foi declarada constitucional perante a Constituição posterior, mas é inconstitucional em face da anterior.

<sup>21</sup> HIDRÓN, Javier Henao. **Derecho procesal constitucional**. Bogotá: Temis, 2003, p. 87.

<sup>22</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 42.

<sup>23</sup> Parte final do voto proferido na ADI 2/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.02.1992, DJ de 21.11.1997.

SEPÚLVEDA PERTENCE retrucou essa afirmação com o argumento de que uma lei nula em sua origem (inconstitucional perante a Constituição sob cujo império foi criada) não estaria sujeita ao fenômeno da recepção, pois lei nula é como se nunca tivesse existido, não sendo convalidável sequer por uma nova Constituição. Para se justificar, MOREIRA ALVES, brilhantemente, responde que, para que se declarasse inconstitucional uma lei perante a Constituição imediatamente anterior, teríamos que admitir, em ação direta, a análise da constitucionalidade de leis em face de Constituições anteriores à vigente, o que é impossível no atual sistema. Quanto a esse argumento, PERTENCE não se manifestou nos autos, todavia raciocinemos.

Todos sabemos que não é possível o exame da constitucionalidade de uma lei em face de Constituição revogada, senão em controle incidental. Ora, diante da possibilidade de confronto de uma lei com uma Constituição revogada em controle incidental, que mal haveria em cotejar essa lei (em tese nula) com a Lei Maior vigente? Se não achamos estranha a análise da constitucionalidade de uma lei perante uma Carta Magna que sequer faz parte do ordenamento jurídico, por que o faríamos com relação à hipótese versada neste trabalho? Pensando bem, é até mais absurda aquela do que esta situação. A Constituição, como fundamento jurídico do ordenamento, uma vez revogada – e aqui falamos verdadeiramente de revogação, pois os planos hierárquicos não são distintos, dando-se a revogação de uma Carta Política por outra –, teoricamente não deveria mais ter importância, pois inaugurou-se uma ordem jurídica completamente nova, não servindo ela mais de fundamento de validade a lei alguma. Sendo a conformidade com a Lei Maior o elemento mais precípuo de uma norma jurídica, pois, em última instância, é dela que deriva sua validade, repugna a todo ordenamento jurídico a ideia de não se proteger o seu próprio fundamento. Na primeira situação, temos uma lei em princípio válida (a constitucionalidade se presume) a ser confrontada com uma Constituição inválida (revogada); na segunda, temos uma lei inválida (nula, pois inconstitucional desde o seu nascimento) a ser confrontada com uma Constituição válida (a vigente). O cotejo com Constituição revogada se justifica pela necessidade de se solucionarem conflitos surgidos sob a sua égide; a verificação com a atual se justificaria pela harmonia do sistema. Parece-nos trivial, no direito constitucional brasileiro, a afirmação de que nos preocupamos mais com o concerto interno do ordenamento do que com a utilidade prática de se considerar inconstitucional uma lei (como é no direito estadunidense, em que se analisa constitucionalidade apenas visando à solução do caso concreto).

Em reforço de nossa argumentação, muito pertinente é a análise da situação diante de emenda constitucional. A única diferença entre a Carta Política originária e uma norma constitucional instituída por emenda é o poder constituinte atuante, originário, na primeira hipótese, e derivado, na segunda; isso, contudo, não invalida de forma alguma o raciocínio até aqui levado a efeito. Tomando por base nossa Constituição de 1988, imaginemos uma lei criada em 1990, em total compatibilidade (formal e material) com ela. Em 1995 surge uma emenda constitucional que torna a lei conflitante com a *Mater Legis*. Pelo raciocínio do nosso douto Min. MOREIRA ALVES, acompanhado por outros tantos, seria impossível a declaração de inconstitucionalidade dessa lei pela via da ação direta, porque estamos diante de verdadeira inconstitucionalidade superveniente. Tal discurso soa bastante estranho. O simples fato de haver sido editada uma emenda constitucional torna a lei por ela tornada



inconstitucional imune ao controle abstrato de constitucionalidade mediante ação direta. É extremamente recomendável que esse juízo não prospere.<sup>24</sup>

Ainda MOREIRA ALVES, em seu voto, frisa inexistir, posto que caiba recurso extraordinário para o Supremo no caso de lei infraconstitucional anterior incompatível com Constituição posterior, a via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso porque, em seu entendimento, em havendo antinomia, o critério que primeiro se impõe é o temporal, haja vista ser necessária a existência prévia das duas leis para que se confronte a sua hierarquia. Ora, com o devido respeito pelo ilustríssimo Sr. Min. MOREIRA ALVES, esse entendimento não pode prosperar. Também quando se avalia conflito de leis em planos hierárquicos distintos as duas não coexistem. A revogação é um fenômeno jurídico com efeitos uniformes para qualquer dos critérios utilizados. Trate-se de revogação pela sucessão de leis no tempo ou pela hierarquia entre elas, uma retirará a outra do ordenamento ou não permitirá a sua entrada, conforme o caso. Não há uma diferença cronológica entre o momento da extirpação de uma lei do ordenamento por lei posterior ou por lei superior. O advento da lei posterior ou da lei superior expulsa do sistema a lei anterior ou inferior, respectivamente, sem que as duas coexistam. Essa é uma premissa básica do juspositivismo, escola que estruturou a teoria ora discutida. O ordenamento jurídico repudia a coexistência de leis em conflito, razão pela qual uma das duas é sempre excluída antes que exista o desconcerto dentro do sistema, pois “[...] a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade.”<sup>25</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Voltemos à tese vencida. Concordando com o ilustre Min. MARCO AURÉLIO e, especialmente, com o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, seguiu-lhes o eminentíssimo Min. NÉRI DA SILVEIRA, lembrando que, se o Supremo pode, incidentalmente, analisar a constitucionalidade de uma lei em face de Constituição a ela posterior, não há porque impedir esse confronto em processo objetivo (ação direta). É o que expusemos linhas atrás. Nas suas palavras, “[...] A guarda da Constituição que se confere ao STF (art. 102) encontra na ação direta, a que se refere o inciso I do mesmo dispositivo maior, instrumento básico cuja utilização não cabe à Corte restringir”.

Diante de todos os argumentos expostos, é insubsistente a tese advogada, em seus votos na ADI n. 2, pelos eminentes ministros PAULO BROSSARD, MOREIRA ALVES, CARLOS VELLOSO, OCTAVIO GALLOTTI e SYDNEY SANCHES. Vencedor, para nós, deve ser o posicionamento dos ilustríssimos ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, NÉRI DA SILVEIRA e MARCO AURÉLIO<sup>26</sup>. Como incentivo à (por muitos receosa) mudança da mais que sexagenária jurisprudência do Pretório Excelso, pedimos licença para transcrever entusiástica lição da ilustre Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI:

<sup>24</sup> Agradecemos aqui ao nosso Prof. RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS, de Direito Constitucional, pela adução, de enorme valia.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 203, fundamentando-se na *coerência* do ordenamento jurídico.

<sup>26</sup> De acordo ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111; **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

Numa terra em guerra, havia um rei que causava espanto.

Cada vez que fazia prisioneiros, não os matava, levava-os a uma sala, que tinha um grupo de arqueiros em um canto e uma imensa porta de ferro do outro, na qual havia gravadas figuras de caveiras cobertas por sangue.

Nesta sala ele os fazia ficar em círculo, e então dizia: “você podem escolher morrer flechados por meus arqueiros, ou passarem por aquela porta e por mim lá serem trancados.”

Todos os que ali passaram, escolhiam serem mortos pelos arqueiros.

Ao término da guerra, um soldado que por muito tempo servira o rei disse-lhe:

- Senhor, posso lhe fazer uma pergunta?
- Diga soldado.
- O que havia por detrás da assustadora porta?
- Vá e veja.

O soldado então a abre vagarosamente, e percebe que à medida que o faz, raios de sol vão adentrando e clareando o ambiente, até que totalmente aberta nota que a porta levava a um caminho que sairia rumo à liberdade.

Quantas portas deixamos de abrir pelo medo de arriscar?

Quantas vezes perdemos a liberdade e morremos por dentro, apenas por sentirmos medo de abrir a porta de nossos sonhos?<sup>27</sup>

## 5. BIBLIOGRAFIA

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A reforma processual. **BDJur**, Brasília, DF. Pronunciamento proferido em ocasião do Congresso de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, em 22 de março de 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/659>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

BADENI, Gregorio. **Tratado de derecho constitucional**. 2. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: La Ley, 2006. t. I.

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARROS, Humberto Gomes. Inconstitucionalidade superveniente e recurso especial, **Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 1995.

---

<sup>27</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. A reforma processual. **BDJur**, Brasília, DF. Pronunciamento proferido em ocasião do Congresso de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, em 22 de março de 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/659>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB-Polis, 1989.

BORJA, Célio. O controle jurisdicional de constitucionalidade. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, Forense, 1943.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2008.

HIDRÓN, Javier Henao. **Derecho procesal constitucional**. Bogotá: Temis, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. v. II.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

