

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE E
DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO

DISSERTAÇÃO
MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

2015

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO

DISSERTAÇÃO Orientada pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais
e Coorientada pela Professora Doutora Gisela Maria Bester

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

2015

HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Reis Novais, e a coorientação da Professora Doutora Gisela Maria Bester.

Avaliada pela Banca Examinadora em ____/____/____

Professor Orientador – Doutor Jorge Reis Novais

Prof.(a) Dr.(a)

Prof.(a) Dr.(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de concretizar mais um sonho ao longo de minha jornada. Aos meus familiares meu mais sincero obrigado, pois sempre foram os maiores prejudicados com os longos períodos de ausência e, mesmo assim, se desprenderam de seus sentimentos e emoções para me fortalecerem durante a realização deste trabalho.

Ao Professor Orientador Doutor Jorge Reis Novais, pela confiança depositada e incentivo demonstrado com seu exemplo de vida acadêmica.

Por fim, à Professora e Coorientadora Doutora Gisela Maria Bester, por não medir esforços em contribuir com seu suporte, correções e carinho.

PREVIEW

Dedicatória

Dedico esta dissertação à minha amada esposa Marluza Suely Pereira Maia, pelo apoio, fê, confiança e amor incondicional demonstrados ao longo de 37 anos de caminhada ao meu lado, tornando, diuturnamente, a estrada mais leve e agradável.

RESUMO

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos surgiu com a Constituição Imperial de 1824, e sua evolução, acompanhando as Cartas Políticas seguintes, atingiu um modelo próprio de controle com a promulgação da Constituição de 1988. A pesquisa procura descrever os paradigmas utilizados para nortear as declarações de incompatibilidade com o texto constitucional, o pronunciamento judicial de inconstitucionalidade, assim como o alcance das declarações de nulidade, com especial destaque à modulação dos efeitos, recepcionada na ordem jurídica positiva por meio da Lei nº 9.868/1999. A aplicação prática de tais conceitos será analisada à luz de casos concretos submetidos à Corte Constitucional: Recurso Extraordinário nº 197.917, que questiona o número de vereadores no Município de Mira Estrela, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, que impugna a lei que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, que modificou o prazo de prescrição aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Pretende-se, ao final, identificar alguns problemas decorrentes da utilização de técnicas alternativas de restrição à eficácia de leis declaradas inconstitucionais e os consequentes desdobramentos críticos decorrentes de eventual falha na sua aplicação.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Efeitos das decisões judiciais. Modulações temporais. Anomalias. Análise crítica.

ABSTRACT

The law and normative acts constitutionality control came up with the Imperial Constitution of 1824, and its evolution, attached to the next Politics Letters, reached to a proper model of control with the Constitution of 1988 promulgation. This research seeks to describe the paradigms used as monitors to the incompatibility statements with the Constitution, the judicial pronouncement of unconstitutionality, as well as the scope of declarations of nullity, with special emphasis on modulation of its effects, received by the positive judicial order through Law No. 9,868 / 1999. The practical application of these concepts will be analyzed under actual cases submitted to the Constitutional Court: Extraordinary Appeal No. 197,917, which questions the number of councilors in the city of Mira Estrela, Direct Action of Unconstitutionality No. 2240, which challenges the law that created the city Luis Eduardo Magalhães, and the Extraordinary Appeal with Objection No. 709,212, which revised the limitation period applicable for the amounts not deposited in the Guarantee Fund for Time of Service (FGTS) recovery. This work intends, at the end, to identify some problems with the use of alternative techniques for restriction of to the efficacy of laws declared as unconstitutional, and the existing consequential critical developments related to this application failure.

Keywords: Constitutionality control. Brazil. Federal Supreme Court. Effects of judicial decisions. Seasonal modulations. Anomalies. Critical analysis.

LISTA DE SIGLAS E DE ABREVEATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR - Agravo Regimental
ampl. - ampliada
art. - artigo
atual. - atualizada
CF - Constituição Federal brasileira vigente
Cf. - Conforme
CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988
Dec. - Decreto
DF - Distrito Federal
DJ - Diário da Justiça
DJE - Diário da Justiça do Estado
DJU - Diário da Justiça da União
EC - Emenda Constitucional
ed. - edição
etc. - *et coetera* (e assim por diante)
FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Min. - Ministro(a)
MJ - Ministério da Justiça
nº- número
op. cit. - *opus citatum* (obra citada)
p. - página
PE – Pernambuco (Estado da federação brasileira)
PEC - Proposta de Emenda à Constituição
Pet. - Petição
RCL - Reclamação
Rel. - Relator
Res. - Resolução
rev. - revista

RT - Revista dos Tribunais (editora)

ss. - seguintes

SP - São Paulo (Estado da federação brasileira)

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

v. - volume

PREVIEW

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	SISTEMAS UTILIZADOS NA VERIFICAÇÃO DA VALIDADE DAS LEIS E DE OUTROS ATOS NORMATIVOS EM FACE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS11	
2.1	ORIGEM HISTÓRICA E CONFIGURAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
2.1.1	Sistema norte-americano	15
2.1.2	Sistema austríaco.....	21
2.1.3	Sistema alemão	24
2.1.4	Sistema francês e controle político de constitucionalidade.....	25
2.1.5	O peculiar caso da Inglaterra	27
2.2	SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	30
2.2.1	A discussão sobre o controle de constitucionalidade na época da Constituição Imperial de 1824.....	30
2.2.2	A Proclamação da República, a nova ordem constitucional e o controle incidental de constitucionalidade.....	33
2.2.3	A Constituição de 1934 e a inovação da Representação Interventiva	36
2.2.4	As arbitrariedades do Estado Novo e a Constituição de 1937.....	38
2.2.5	A volta do Estado de Direito, a Constituição de 1946 e a retomada do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade	40
2.2.6	O golpe civil-militar e as Constituições de 1967 e de 1969	42
2.2.7	A redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 e as profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade	45
3	EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E ABSTRATO NO BRASIL	49
3.1	O PARADIGMA CONSTITUCIONAL E AS MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	52
3.2	O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE E O ÓRGÃO DEFENSOR DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS	54
3.3	O PRONUNCIAMENTO REPRESSIVO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DIFUSO E CONCENTRADO	57

3.4 PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM MATÉRIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL: DECLARAÇÕES DE NULIDADES	60
3.4.1 Declaração de nulidade total.....	61
3.4.2 Declaração de nulidade parcial	63
3.4.3 Declaração de nulidade parcial sem redução de texto.....	63
3.5 A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DIANTE DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO.....	65
3.6 AS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO E OS EFEITOS DE SUAS DECISÕES.....	72
3.6.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação	73
3.6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.....	77
3.6.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade	83
3.6.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	86
3.6.5 Representação Interventiva.....	88
4 A MODULAÇÃO TEMPORAL NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PRATICADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: ESTUDOS DE CASOS.....	91
4.1 A MODULAÇÃO TEMPORAL E OS CONCEITOS INDETERMINADOS: SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL	91
4.1.1 Aspecto Objetivo	100
4.1.2 Aspectos Subjetivos.....	100
4.1.2.1 <i>Segurança Jurídica</i>	100
4.1.2.2 <i>Excepcional Interesse Social</i>	103
4.2 EFEITOS ANÔMALOS CRIADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ESTUDO EMPÍRICO	109
4.2.1 Análise do RE nº 197.917/ SP - Número de Vereadores	110
4.2.2 Análise da ADI 2.240/ BA – Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães	118
4.2.3 Análise do RE 709.212/ DF – Prazo Prescricional para cobrança de FGTS.....	128
4 CONCLUSÃO	137
5 REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ocupa o ápice do sistema normativo, que legitima o ordenamento jurídico e serve de fundamento lógico de validade às leis. Sua superioridade é resultado não apenas da estabilidade advinda da rigidez, mas principalmente por trazer em seu texto preceitos referentes à organização social, política, econômica e jurídica, além de consagrar direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa se propõe, a partir de uma perspectiva histórica, a rememorar as discussões acadêmicas e doutrinárias suscitadas sobre a competência dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos que se encontram em desarmonia com a Constituição.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e, a partir de um estudo teórico acerca do surgimento do constitucionalismo, e da consequente supremacia da Constituição, passou-se a analisar os mecanismos capazes de garantir a higidez do seu texto, de onde exsurge a imprescindibilidade do sistema de controle de constitucionalidade.

Inicialmente, no capítulo dois, pretende-se, por meio do panorama histórico do controle de constitucionalidade no direito comparado e nas diversas constituições brasileiras, obter subsídios suficientes à compreensão do sistema atual, que teve seu aperfeiçoamento balizado pela experiência e análise da realidade. Com isso, busca-se demonstrar como o controle constitucional de normas avançou no Brasil, desde a Constituição Política do Império, outorgada por D. Pedro I, que previa o controle das decisões dos três poderes por um quarto poder, denominado Poder Moderador, até a redemocratização do Brasil e as mudanças geradas no sistema fiscalizatório.

Segue-se, no capítulo três, à análise minuciosa dos efeitos gerados pelas decisões judiciais nos modelos de controle concentrado e difuso, do alcance da declaração de nulidade – total, parcial, parcial sem redução de texto –, fazendo-se breve introdução à declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos.

No quarto e último capítulo, são abordados os efeitos modulares das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mecanismo de que tem se valido a Corte Superior, como forma de minimizar a instabilidade jurídica gerada pela aplicação irrestrita da teoria da nulidade, no resguardo da segurança jurídica das relações sociais.

A pretensão do estudo, portanto, é determinar – por meio da análise doutrinária, do direito comparado e de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal –, a aplicação das

técnicas de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, e o alcance da declaração de nulidade, no Brasil.

PREVIEW

2 SISTEMAS UTILIZADOS NA VERIFICAÇÃO DA VALIDADE DAS LEIS E DE OUTROS ATOS NORMATIVOS EM FACE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A positivação constitucional mínima, consistente no estabelecimento de regras essenciais de organização dos poderes, forma de Estado e regime de governo, assim como a consagração de direitos fundamentais e o estabelecimento de preceitos constitucionais básicos, são fundamentais para a manutenção da sociedade politicamente organizada, mormente em um Estado Democrático de Direito.

A despeito do tema, Jürgen Habermas, em sua obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, esclarece que:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas, têm que ser implementados.¹

Acrescenta, ainda, que “o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito”.²

Numa perspectiva história, o constitucionalismo passou a se manifestar de forma diretamente proporcional à gradativa derrocada de governos absolutistas e concomitante ao surgimento dos primeiros textos constitucionais europeus, os quais se materializaram por meio de um pacto firmado entre o soberano – detentor do poder estatal – e os grupos contextualmente fortes e organizados, capazes de lhe impor alguma restrição, ainda que mínima.

Sobre o tema, João Bosco Marcial de Castro lembra que foi a Constituição norte-americana que “inaugurou o constitucionalismo com a concepção de supremacia de suas normas em relação às leis ordinárias.”³

Essa afirmação do constitucionalismo como um novo paradigma no mundo ocidental, assim como a positivação das regras de organização estatal, trouxeram como consequência a subsunção do ordenamento jurídico às normas constitucionais, bem como o necessário exame

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

² *Idem, ibidem*.

³ CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 26.

de sua validade, geralmente feito por meio de um Tribunal Constitucional, utilizando como instrumento regras de controle de constitucionalidade especificamente fixadas para tal.

Portanto, antes de adentrar ao estudo dos meios de controle das leis e de outros atos normativos em relação à Constituição, é primordial a realização de um breve esboço histórico, a fim de se conhecer a origem dos textos que legitimam a positivação dos ordenamentos constitucionais, bem como o surgimento dos modelos de controle de constitucionalidade utilizados pelos órgãos e poderes responsáveis pela verificação da conformação das leis e demais atos normativos com o texto superior de cada ordenamento.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA E CONFIGURAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo acerca do surgimento das Constituições, na forma como são concebidas hodiernamente, deve anteceder o estudo do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, uma vez que este costuma ser previsto por aquelas, ou delas deriva, ainda que implicitamente, em função de sua soberania.

O primeiro texto constitucional, assim reconhecido pelos estudiosos, remonta a 1215, e recebeu a denominação de *Magna Cartha Libertatum*, imposta por barões feudais ingleses ao monarca da Grã-Bretanha conhecido como João Sem Terra. Escrito em latim, o documento previa a liberdade da Igreja (liberdades eclesiásticas), as prerrogativas municipais, a moderação da tributação dos mercadores, o direito de ser condenado somente após o julgamento por seus pares e segundo as normas do direito. Tal codificação surgiu do sentimento de insatisfação das “elites” da época com o monarca, por essa razão seu objetivo não era codificar a lei máxima das nações que formavam a Grã-Bretanha, mas diminuir os excessos praticados pelo rei.⁴

O período a que se refere o parágrafo anterior, que contribuiu para o surgimento do constitucionalismo, remonta à Idade Média e às declarações de direitos que se sucederam, na Idade Moderna, tanto na Inglaterra quanto em relação às suas ex-colônias, à época Estados Unidos da América.⁵

⁴ CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 23, n. 91, p. 138, jul./set., 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 abr. 2014.

⁵ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional. Fundamentos teóricos*. Volume I. São Paulo: Manole, 2005. pp. 39 e ss.

Segundo Castro, durante a Revolução Gloriosa, no ano de 1688, elaboraram-se duas leis que “representavam a primeira Constituição escrita da Inglaterra”, sendo elas o *Agreement of The People* e o *Instrument of Government*, as quais dispunham sobre “a separação de poderes e a declaração de nulidades e de ineficácia de leis que lhe contrariassem a liberdade de consciência”.⁶

Outros textos, como a Constituição francesa de 1791, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e a Constituição Imperial alemã de 1871, nasceram do ideal revolucionário pós-guerra⁷, declarando o Estado posto pelos cidadãos, e não mais pelo soberano.

Com o passar do tempo, no mesmo contexto inglês, outros textos foram surgindo, como a *Petition of Rights* (1628) – com previsão de direitos e liberdades dos súditos –, o *Habeas Corpus Act* (1679) – utilizado para acabar com as prisões arbitrárias –, o *Bill of Rights* (1689) – delimitante do poder do monarca à declaração dos direitos ali contidos –, e o *Act of Settlement* (1701) –, criado para garantir o poder do parlamento e a sucessão do trono por religiosos protestantes.⁸

Do mesmo modo, outros países foram desenvolvendo suas codificações nesse sentido, as quais mostravam ser resultado ainda do direito natural, escritas para solucionar problemas próprios de seu tempo. Consoante ilustra Paulo Ferreira Cunha, “a Constituição natural, histórica, tradicional, é esparsa, não compilada em geral, fruto do fluir e do sedimentar dos tempos”. Daí ser possível concluir que por mais absolutistas e totalitários que fossem os governos, os Estados sempre contavam com uma norma mínima responsável por conferir poderes àqueles que o exerciam.⁹

No entanto, se a experiência constitucional for considerada como a limitação do poder político, pode-se citar como o marco histórico do nascimento do constitucionalismo a experiência do antigo Estado Hebreu, teocrático, refreado que era pelos dogmas religiosos consagrados na Bíblia, e, depois, da Grécia Antiga, onde durante dois séculos existiu um “Estado político plenamente constitucional”, que adotava a mais avançada das formas de governo – a democracia constitucional –, conforme ensinamentos clássicos de Karl Loewenstein.¹⁰

⁶ CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit., p. 22.

⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 31.

⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 55.

⁹ CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid juris, 2006. p. 103.

¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. pp. 154-155.

Contudo, o que aqui importa frisar é que, até os primeiros textos constitucionais escritos, medievais e da Idade Moderna, tentava-se conter somente o poder absolutista, não existindo qualquer modelo de controle dos demais atos – leis, cartas, decretos – em relação a um texto constitucional único considerado hierarquicamente superior.

O primeiro relato expresso de controle de constitucionalidade, caso *Marbury v. Madison*, ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1803, poucos anos após a promulgação da sua Constituição, cujo texto apresentava algumas inferências relativas à ideia de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico, pois foi a primeira Constituição escrita enquanto texto único e dotado de rigidez.¹¹ Essa experiência inicial de adequação das leis e de outros atos normativos somente foi possível por ser a Carta norte-americana codificada e pensada para ser um *corpus* autônomo.

A evolução quanto a esse entendimento decorre de uma base sólida, ancorada na separação dos poderes, conforme a concepção de Montesquieu, e nas declarações de direitos e garantias dos cidadãos. Assim como estavam presentes nos Estados Unidos da América, essas duas premissas também marcaram o surgimento da primeira Constituição francesa, em 1791, escrita após a sangrenta Revolução Francesa, positivando as realizações alcançadas, como a nacionalização dos bens eclesiásticos e a queda do sistema feudal e aristocrático para dar lugar ao surgimento de uma sociedade burguesa e capitalista. Teve como preâmbulo a conhecida “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão,” de 1789, utilizada como inspiração para outras cartas, como a da Espanha, da Itália e da Noruega.¹²

Na pertinente lição de Jorge Reis Novais¹³, o advento do Estado absoluto beneficiou, em uma primeira fase, a ascensão da burguesia como classe, com a gradativa ruína dos privilégios feudais e de outros entraves medievais que a impediam de prosperar economicamente, sendo que, ao final do século XVIII, a própria classe burguesa já tentava se libertar do dirigismo e do paternalismo típicos da intervenção do Estado de polícia, que agora constituíam um entrave ao pleno desenvolvimento da sua atividade empresarial. Logo, almejava conquistar o poder político depois de já ter adquirido o poder econômico, o que, no plano jurídico, traduzia-se na necessidade de restringir o poder político, “racionalizando o seu exercício através da sua prévia regulação e limitação jurídicas”, assim como de “controlar a actividade da Administração através da sua submissão à lei”, e ainda de “garantir o livre

¹¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2012. pp. 26 e ss.

¹² NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 63

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 18-19.

desenvolvimento da actividade económica, protegendo-a de quaisquer intervenções estatais não previstas e, assim, genericamente, garantir a liberdade dos cidadãos.”¹⁴

Nascia, dessa forma, uma nova concepção do Estado, dos seus fins e das suas relações com os cidadãos, conforme segue ensinando Novais:

Diferentemente do que acontecia nos tipos históricos de Estado pré-constitucionais, surge agora a ideia de organização e limitação jurídicas do Estado com vista à protecção dos direitos dos cidadãos, o que significa, no fundo, a ideia de uma Constituição para o Estado. Procurava-se, assim, garantir uma esfera de autonomia, liberdade e segurança dos cidadãos face ao Estado e prosseguia-se esse objectivo através do Direito, ou seja, essencialmente através e a partir da existência de uma Constituição e da subordinação de todos os poderes do Estado à lei. Nos finais do século XVIII o êxito das Revoluções americana e francesa constitui o marco histórico decisivo que assinala a vitória desse novo projecto político que, inspirado originariamente na ideologia liberal, prenunciava a instauração generalizada de um novo tipo histórico de Estado ao longo dos séculos XIX e XX - o Estado de Direito.¹⁵

A verdade é que os primórdios do controle de constitucionalidade se confundem com a história da criação de um texto fundamental escrito, amparando-se na sólida doutrina do poder constituinte originário¹⁶, com conteúdo de maior permanência e superioridade sobre as outras leis. Essa é a semente da doutrina constitucional moderna, de onde decorrem as noções de rigidez constitucional¹⁷, diferenciações entre leis constitucionais e ordinárias, reforma e intangibilidade constitucional, até se chegar à certeza da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Aceita a superioridade da Constituição, surge a necessidade de adequar as normas inferiores aos preceitos ali instituídos, por meio de técnicas desenvolvidas com o objetivo de defendê-la. Sobre o tema, dois sistemas de controle de normas merecem um estudo mais aprofundado, pois serviram de inspiração à maneira como o Direito Brasileiro se organizou para atuar quanto à verificação da validade de normas em face da Constituição Federal: o americano e o austríaco. A par deles, far-se-á breve incursão nos demais sistemas europeus de controle de constitucionalidade, com alguma representatividade.

2.1.1 Sistema norte-americano

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., pp. 18-19.

¹⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁶ Conforme a clássica obra: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

¹⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library>. Acesso em: 23 abr. 2014. pp. 2 e ss.

Como já se enunciou, o sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América surgiu em 1803, contemporaneamente ao sistema Federalista de Governo, à Constituição e à Corte Suprema.¹⁸ Até então, o país era formado por treze colônias do Reino Unido que, em 4 de julho de 1776, tiveram declarada sua independência pelo Congresso, de modo que, num primeiro momento, se mostrava primordial manter a unidade das ex-colônias, as quais passaram a formar a nova nação.

Tal circunstância, especialmente a compreensão da essencialidade de um texto jurídico escrito, fez com que, em 1787, fosse promulgada a primeira Constituição escrita de um Estado Nacional, que descrevia um modelo bem definido de federalismo, separação dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), assim como fornecia o embasamento do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário.

Em sua obra, José Joaquim Gomes Canotilho explica que:

Através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os *Rights*, na tradição britânica medieval e da *Glorious Revolution*. Não se tratava, porém, de um movimento reestruturador dos antigos direitos e liberdades e da *English Constitution*, porque, entretanto, no *corpus* da constituição britânica, se tinha alojado um tirano – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Contra essa ‘omnipotência do legislador’, a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancient constitution*. Ela devia garantir aos cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano.¹⁹

Para o constitucionalista da Universidade de Coimbra²⁰, existem decisões raras tomadas pelo povo e existem decisões frequentes tomadas pelo governo. As primeiras são típicas dos “momentos constitucionais”. Assim, em situações raras e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um poder constituinte, de que é exemplo a Constituição

¹⁸ KLAUTAU FILHO, Paulo. *Direito Constitucional: a primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade*. Belém: Smith, 2005. pp. 15-16.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58. Veja-se, quanto a isso, a também significativa contribuição de Carlos Blanco de Moraes ao referir-se ao poder constituinte soberano como realidade de origem “factual” e fonte de criação de Direito, reforçando a inquestionável premissa segundo a qual as constituições nascem a partir de atos de força: “Actos de força que podem emergir no contexto de *movimentos políticos pacíficos*, que forcem transições constitucionais, como foi o caso da Constituição francesa de 1958, da espanhola de 1978, da brasileira de 1988, da russa de 1993 e nas recentes constituições dos Estados do Centro e Leste da Europa. Actos de força que acompanham, também, *revoluções*. Nascem, neste contexto, em conjunturas antijurídicas que demonstram cabalmente a asserção segundo a qual pode existir uma disjunção clara entre legalidade e legitimidade (constituindo o cenário envolvente da maioria das constituições francesas dos dois primeiros ciclos e de todas as Constituições portuguesas). E finalmente, **actos de força derivados de guerras, acompanhadas, ou não, de um simultâneo ou subsequente movimento revolucionário, como foi o caso da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**, da Constituição Imperial alemã de 1871, da Constituição bolchevique de 1918, da Constituição italiana de 1947 e da Constituição francesa de 1946”. MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 31. (grifo nosso)

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 59.

de 1787 dos Estados Unidos da América, enquanto manifestação da decisão do povo. Continua explicando Canotilho que “este poder surgiu na gramática política americana da época com um *telos* diferente do da Revolução Francesa”. Não se pretendia, segundo o mesmo autor, reinventar a nação enquanto um soberano onipotente, mas, sim, “permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que actuassem em violação da constituição, concebida como lei superior”.²¹

Segundo Klautau Filho, “os pais fundadores (*Founding Fathers*) da pátria americana tinham precisa consciência do carácter experimental e inovador do sistema político que a Constituição de 1787 visava a instalar”.²² Por serem personagens políticos familiarizados à administração pública e possuírem larga experiência adquirida enquanto dirigentes das Treze Colônias, os referidos “fundadores” tinham consciência do desafio democrático que seria enfrentado, já que se tratava de um país com dimensões continentais. Afinal, continua Filho, “para os autores contratualistas iluministas europeus, como Rousseau, a democracia republicana somente seria viável em Estados com a dimensão das Cidades-Estado da Grécia clássica”.

Prossegue o mesmo autor²³, ainda, discorrendo acerca do desafio democrático republicano de assegurar os direitos fundamentais do povo norte-americano e limitar o poder de um Estado com vasta extensão territorial e com um projeto explicitamente expansionista, tanto do ponto de vista territorial como dos pontos de vista político, econômico e comercial. Portanto, havia o desafio de criar uma Corte Suprema com o objetivo de estabilizar o país e a sociedade, assim como influenciar positivamente na relação com outras nações, de forma que as leis dos diversos Estados e a existência de tribunais locais não produzissem decisões judiciais conflitantes entre si.

Nas palavras de Canotilho,

O modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta ‘limitação normativa’ postulava, pois, a edição de uma ‘bíblia política do estado’, condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a Constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um ‘governo’ vinculado à lei fundamental. Poder-se-á dizer, desse modo, que os *Framers* (os ‘pais da constituição americana’), procuraram *revelar* numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua

²¹ *Idem, ibidem.*

²² KLAUTAU FILHO, Paulo. Op. cit., pp. 15-16.

²³ *Idem, ibidem*, p.16 e ss.

racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma ‘possible tyranny of the majority’.²⁴ (grifos do autor)

A supremacia da Constituição ficou evidente em seu próprio texto, bem como a obrigatoriedade de serem observadas as leis federais, em relação de hierarquia com as leis dos Estados. Assim, foi possível alicerçar o modelo de federação idealizado à época. Continua explicando Canotilho que, diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de constituição justificou a elevação do Poder Judiciário “a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades”. Segundo ele:

Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelos juiz [sic] transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: [...] (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juizes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os ‘juizes’ entre o povo e o legislador.²⁵

Carlos Blanco de Moraes assevera que, apesar de sua originalidade e autonomia, “a doutrina constitucionalista comparada considera que o sistema de controlo judicial norte-americano se funda em alguns precedentes britânicos”²⁶, encontrados na tradição jusnaturalista anglo-saxônica, e cita o caso do médico *Bonham*, discutido em 1610 no Tribunal da *Common Pleas*. Na oportunidade, o juiz *sir Edward Coke*

considerou que a *Common Law*, norma consuetudinária reconhecida e interpretada pelos tribunais, constituía ‘*higher law*’ fundada na *razão*, ou seja, operava como uma lei fundamental, condensando as ideias de Direito básicas sobre organização do poder e sobre os direitos dos súbditos.²⁷

O médico *Bonham* fora sancionado por exercer funções médicas em Londres sem a autorização do Colégio Médico da cidade, tendo o referido magistrado *Coke* questionado a legitimidade da lei que amparava tal sanção pelo fato da mesma contradizer-se com a *natural equity*, a qual, “ao reunir os fundamentos racionais da justiça comum, constituiria *Common Law*”.²⁸ Ainda que posteriormente essa “doutrina *Coke* tenha sido abandonada, firmando-se o domínio da lei escrita [...] com impossibilidade de ser sindicada em juízo [...] o mesmo não

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 59.

²⁵ *Idem, ibidem*. Op. cit., p. 60.

²⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 275.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 275.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 275.

sucedeu no universo colonial americano²⁹”, onde inspirou as sentenças de diversos tribunais coloniais entre 1776 e 1787, favoráveis à revisão judicial da legislação.

Essa concepção impregnou-se nas Constituições das treze colônias como um caráter de rigidez, “passando a fixar uma diferença formal, em termos de modificabilidade do texto constitucional, em relação à legislação ordinária”. Carlos Blanco traz ainda o exemplo da Constituição da Pensilvânia, que consagrou a *judicial review* da legislação, ou seja, o “poder dos tribunais poderem examinar a validade das leis, à luz da sua conformidade com o parâmetro constitucional”.³⁰ Na mesma linha, outros tribunais estaduais, como da Carolina do Norte e Maryland, passaram a entender que nenhum ato da legislatura poderia alterar a Constituição.³¹

Nas palavras de Carlos Blanco³², “o art. VI, Sec. 2, da Constituição de 1787 consagrou a ‘*Supremacy Clause*’, declarando a vinculação directa dos juizes dos Estados à Lei Fundamental, não obstante qualquer disposição contrária nas constituições federais e nas leis”. Para o autor:

Este preceito passou a ser passível de conjugação com o art. III, Sec. 2, que definia as competências judiciais, as quais abarcariam todos os casos de ‘direito e equidade’ surgidos no âmbito da Constituição, leis e tratados.

Da relativa ambiguidade das duas formulações surgiram duas premissas que se haveriam de revelar decisivas para a sustentação da *judicial review*:

- a Constituição passou a ser encarada como uma lei, detendo uma posição de supremacia sobre as restantes;

Generalizar-se-ia aos juizes federais, e não apenas aos estaduais, o regime de vinculação à Constituição.³³

No entanto, a consolidação da superioridade constitucional quando houvesse conflito com lei ou ato normativo se deu com a decisão da Suprema Corte na causa *Marbury v. Madison*, considerada marco inicial do controle de constitucionalidade. Por ocasião desse julgamento, ficou consignado que a Constituição é uma lei superior, imodificável por meios ordinários e que, por essa razão, um ato legislativo contrário a ela não é uma lei. A partir da referida decisão, a lição deixada pelo magistrado Marshall é a de que certamente os que formulam Constituições escritas contemplam-nas como lei fundamental e suprema da nação e,

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 276.

³⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 276.

³¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 22 e ss.

³² MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 277.

³³ *Idem, ibidem*, p. 277.

consequentemente, os atos contrários a este texto maior são nulos³⁴. O famoso precedente tornou-se obrigatório à própria Suprema Corte e aos Tribunais Estaduais.

Quanto ao caso em si, deu-se que John Adams nomeou vários magistrados, posteriormente ratificados pelo Senado, entre os quais *Marbury*, após a vitória dos antifederalistas nas eleições presidenciais de 1800, no findar de sua administração. Posteriormente, por indicação do novo Presidente, Jefferson, o Secretário de Estado, James Madison, suspendeu a notificação da nomeação de Marbury, que, inconformado, invocou junto à Suprema Corte Estadunidense a seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789, “para que o Tribunal emitisse um mandado de injunção a *Madison* (*writ mandamus*) que o obrigasse a explicar o que sucedera com o decreto de nomeação”³⁵.

Contudo, a sentença reconheceu a inconstitucionalidade da competência atribuída pela seção 13 do *Judiciary Act*, porque alargava as competências originais da Suprema Corte, contrariando a Constituição Federal dos Estados Unidos da América. Seguindo o mesmo entendimento, os demais juízes passaram a não aplicar a legislação incompatível com a Constituição. Dessa forma, a importância do caso *Marbury v. Madison* se sobressai na criação de um precedente em que a Suprema Corte atrai para o Poder Judiciário a possibilidade da análise das leis infraconstitucionais em face da Constituição Federal.

Conforme destacou Luís Roberto Barroso³⁶, *Marbury v. Madison* foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contrariem. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

Jorge Miranda, ao analisar o fato de que o Direito Constitucional norte-americano se originou do sistema jurídico inglês, bem como do pensamento jurídico do século XVIII, destaca que:

³⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 27.

³⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 278.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

A noção de Constituição e do seu valor superior a todos os demais actos da Federação e dos Estados federados e, em especial, a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação e na sua concretização são notas tão profundas do sistema e tão específicas que, com o mesmo sentido ou com a mesma intensidade, não poderiam passar para qualquer outra parte. Transplantáveis, embora ainda com refacções e distorções [...], viriam a ser a fiscalização judicial da constitucionalidade, o federalismo e o presidencialismo.³⁷

Desse modo, criou-se o sistema dito difuso, concreto, ou incidental, de controle de constitucionalidade, denominado, também, de sistema norte-americano, cuja principal característica reside na possibilidade de verificação da lei ou do ato normativo a partir da análise de um caso concreto.

2.1. 2 Sistema austríaco

Largamente estudado por Hans Kelsen, o modelo abstrato de controle, tal como é conhecido, foi construído a partir da Constituição Austríaca, promulgada em 1º de outubro de 1920, que veio depois da Carta Constitucional Tchecoslovaca, de 29 de fevereiro de 1920, primeira a contemplar esse tipo de sistema de controle de constitucionalidade.³⁸

Nesse sistema austríaco não havia análise de caso concreto para se declarar a incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, mas a utilização de uma ação especial, em que era suscitada a contrariedade diante do Tribunal Constitucional, a quem competia, com exclusividade, resolver os conflitos advindos com a promulgação de leis e atos contrários à carta austríaca de 1920.³⁹

Conforme a obra de Kelsen⁴⁰, de acordo com a Constituição austríaca, havia dois caminhos abertos para se chegar a uma revisão judicial da legislação, um indireto e outro direto. Primeiro, um particular poderia, durante um procedimento administrativo, alegar que um dos seus direitos garantidos pela Constituição tinha sido violado por um ato administrativo baseado numa lei inconstitucional; a queixa somente poderia ser levada perante a Corte Constitucional depois que a matéria tivesse passado por todas as instâncias administrativas. Apenas incidentalmente a Corte decidia a questão da constitucionalidade da lei. Esse procedimento, no entanto, era instituído por iniciativa da própria Corte, e somente se

³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: preliminares o Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I. 8. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 136.

³⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 145.

⁴⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução: Sergio Sérulo da Cunha. Tradução: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 313.