AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI ANTERIOR — REVOGAÇÃO

— Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento, segundo o entendimento do STF, se a norma questionada é anterior à da Constituição padrão.

Não há inconstitucionalidade formal superveniente. Quanto à 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.

Fundamentos da opinião vencida do relator (anexo), que, não obstante com ressalva de sua posição pessoal, se rende à orientação da Corte.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 438
Requerente: governador do estado de Rondônia
Requeridos: governador do estado de Rondônia e Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia
Relator: Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Brasília, DF, 7 de fevereiro de 1992. *Sydney Sanches,* Presidente. *Sepúlveda Pertence,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O governador do Estado de Rondônia, então Dr. Jerônimo Garcia de Santana, propõe ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 116, de 3 de junho de 1986, daquele estado, relativo ao cômputo do tempo — para todos os efeitos — de serviço prestado à Justiça Eleitoral por membros da Magistratura, do Ministério Público e da classe dos advogados.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Cuida-se, como visto, de norma anterior à Constituição. O autor alega, a um tempo, inconstitucionalidade formal e material da lei questionada.

2. Quanto à inconstitucionalidade formal, ponho-me, de acordo com a orientação da Corte, no sentido da inadmissibilidade da ação direta. Não há inconstitucionalidade formal superveniente. No que toca à inconstitucionalidade material, meu voto é idêntico ao proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 7 (anexos).

Com ressalva de minha opinião pessoal, rendo-me à jurisprudência, não conhecendo integralmente da ação proposta.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Assinalo, de início, para deixar documentado o congestionamento temporal com que se debatem os trabalhos do plenário da Corte, que este voto vista aguarda chamada desde começos de 1990. Desde então não me cabe responsabilidade pelo retardamento que agora impõe a renovação integral do julgamento.

Cuida-se de preliminar de não conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade dirigida contra dois decretos-leis e um decreto, editados sob o regime constitucional passado.

Acolheu-a o eminente relator, Ministro Paulo Brossard: a desconformidade argüida entre a nova Constituição e atos normativos anteriores à sua promulgação seria redutível, segundo S. Exa., à revogação destes, para a declaração da qual não seria idônea a ação direta.

Ao longo do voto do Ministro Brossard não se pode negar grande força de persuasão, já pela constância da jurisprudência invocada, já pela autoridade dos doutores lembrados, já pelo brilho, característico dos trabalhos de sua lavra, transmitido aos argumentos da tese abraçada: tanta, que permitiu a S. Exa. taxar repetidamente de absurda a posição contrária.

Enfática e erudita, de seu turno, foi a adesão do relator do voto vista do eminente Ministro Celso de Mello.

Não obstante, tenho a ousadia de dissentir, por força de uma firme convicção de que 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.

Sintetizo, de logo, a minha posição.

Não nego a paridade de efeitos substanciais entre a concepção da inconstitucionalidade superveniente e a da ab-rogação pela Constituição nova do direito pré-constitucional ordinário, com ela incompatível.

Como observa Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico,* trad. UnB-Polis, 1989, p. 106), 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 subseqüente e a outra inferior e antecedente, tanto o critério hierárquico quanto o cronológico dão o mesmo resultado de fazer prevalecer a primeira".

Ora, essa é precisamente a equação entre a lei preexistente e a Constituição nova.

Certo, ainda com o notável pensador italiano (op. cit., p. 108), estou em que "O critério cronológico vale como critério entre duas normas colocadas no mesmo plano" e, em contraposição, que "Quando duas nor-

mas são colocadas sobre dois planos diferentes, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos".

Por outro lado, pelas razões que adiante se minudenciarão, na esteira de Constantino Mortati (*Abrogazione Legislativa e Instaurazione di un Nuovo Ordinamento Costituzionale,* de 1958, em *Raccolta di Scritti,* II/43, 68), penso que, além da diversidade de gradação hierárquica, na hipótese da inconstitucionalidade superveniente, também falta, para que se possa falar de revogação, que as normas cotejadas pertençam simultaneamente ao mesmo ordenamento positivo, o que, a rigor, não se dá na hipótese em que uma delas seja de lei anterior à Constituição.

Serão essas, no entanto, disceptações meramente teóricas se, a despeito delas, se puder chegar à mesma solução, que me parece relevantíssima, de afirmar-se o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade.

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 perspectiva, como Lúcio Bittencourt, na obra clássica (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis,* Forense, 1949, p. 131), admitiria, eu também, que o efeito jurídico do juízo de inconstitucionalidade não é unívoco: e, conforme o caso e o direito positivo considerado, que, da inconstitucionalidade, podem decorrer tanto a inexistência ou a nulidade quanto a anulabilidade, tanto a ineficácia *ab origine* quanto a revogação qualificada do ato inconstitucional.

E a Constituição não restringiu o cabimento da ação direta segundo os efeitos da inconstitucionalidade argüida, 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.

Não me preocupa demonstrar, com pretensões de lógica jurídica pura, que seja essa a única solução correta; nem muito menos devolver à tese de meus amáveis contraditores a pecha da absurdez.

A mim me basta a convicção de que a tese da inconstitucionalidade superveniente — em qualquer das suas modalidades — além, *data venia,* de estar longe de ser absurda —, resiste, e resiste bem, às críticas mais ferozes que lhe têm sido assestadas.

E, sendo assim, prefiro-a àquela da simples revogação, porque entendo que a conseqüência básica da sua adoção — o cabimento da ação direta —, é a que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior — se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade —, redunda em fecharlhe a via da ação direta. E deixar, em conseqüência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o país, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias freqüentemente tortuosas do sistema de recursos. De resto, nem a decisão do Supremo Tribunal, despida de força vinculante *erga omnes,* encerrará as contradições. Perderão com tudo isso, inevitavelmente, não só a rapidez, mas a uniformização dos resultados da tarefa jurisdicional de conformação do direito velho às novas diretrizes da Lei Fundamental, com patente perda da efetividade desta e da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Ao contrário, se se entende que o conflito cogitado se traduz em inconstitucionalidade superveniente — chame-se, embora, de revogação à sua conseqüência jurídica —, abre-se-lhe a via do controle abstrato, hoje, generosamente ampliada pela descontração da legitimidade ativa.

Certo, ao contrário das cortes constitucionais européias, ao Supremo Tribunal Federal restará, em qualquer hipótese, a possibilidade alternativa de conhecimento incidente da antinomia, se e quando lhe chegue o recurso extraordinário a respeito.

Ainda sob esse prisma, contudo, a tese da inconstitucionalidade sucessiva da lei antiga é mais útil que a da simples revogação.

Na Europa, com efeito, objetou-se — sobretudo, à vista de hipóteses de incompatibilidade frontal, manifesta e inequívoca entre a Constituição sobrevinda e a lei velha —, que convertê-la em problema de inconstitucionalidade, da competência privativa das cortes constitucionais, seria procrastinar desnecessariamente a imposição da norma superior.

No Brasil, porém, a coexistência do sistema difuso e incidente com o sistema concentrado e abstrato de controle da constitucionalidade das leis obvia o inconveniente: as vantagens de rapidez, uniformidade e definitividade da ação direta não prejudicarão que, nos casos concretos, em todos os escalões da estrutura judiciária, se imponha de imediato a prevalência da Constituição.

Para dar testemunho dessa minha profunda convicção, como é do meu dever, em questão de tanta relevância, é que peço a generosa atenção da Corte e, sobretudo, a paciência dos meus eminentes colegas.

II

Que não é absurdo divisar inconstitucionalidade na contradição material de lei antiga com a Constituição superveniente, prova-o, *data venia*, que seja esse o entendimento dominante no direito comparado.

A questão se tem posto, nos países europeus que adotaram o sistema concentrado de controle, a propósito de inserir-se, ou não, no monopólio das respectivas cortes constitucionais, o exame da incompatibilidade com as constituições novas do direito infraconstitucional anterior: indagação a que obviamente se dará resposta afirmativa, se se qualifica a solução da antinomia de inconstitucionalidade superveniente ou sucessiva, e resposta negativa, se nela se enxergar mera revogação de verificação entregue à competência difusa da magistratura ordinária.

Na Itália, a solução foi radical: é sabido que, depois de alguma polêmica doutrinária, a primeira sentença da Corte Constitucional afirmou cuidar a hipótese de ilegitimidade constitucional, e não de revogação: "é inegável que a relação entre leis ordinárias e leis constitucionais e o grau que a elas corresponde na hierarquia das fontes" — assentou a célebre sentença nº 1, de 1956 —, "absolutamente que não se alteram, sejam as leis ordinárias anteriores, sejam posteriores às constitucionais (...) Os dois institutos jurídicos da ab-rogação e da ilegitimidade constitucional das leis não são idênticos entre si, movem-se em planos diversos, com efeitos diversos e competências diversas. O campo da ab-rogação, além disso, é mais restrito em confronto com o da ilegitimidade constitucional, e os requisitos reclamados para que se tenha ab-rogação por incompatibilidade são muito mais limitados do que aqueles que possam autorizar a declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei" (cf. *Giurisprudenza della Corte Costituzionale Italiana*, Milano, 1985, p. 3: "è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a aquelle costituzionali. (...) I due instituti giuridici dell'abrogazione e della illegitimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale. e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la di-

chiarazione di illegittimità costituzionale di una legge."

Tornou-se vitoriosa, pois, a corrente em que se destacara o grande Calamandrei (*Corte Constitucional y Autoridad Judicial,* em *Estudios sobre el Proceso Civil,* trad., Bs.As., 1973, III/121, 149 s.).

A célebre decisão, saudada com entusiasmo por Calamandrei (*La Primera Sentencia de la Corte Constitucional,* ob. loc. cit., III/185), tem tido, desde então, os seus fundamentos respaldados e desenvolvidos pelos maiores nomes do Direito Público italiano (*v.g.,* C. Mortati, *Abrogazione Legislativa,* cit., *Istituzioni Dir. Pubblico,* 1969, II/1265; Franco Modugno, *L'Invalidità della Legge,* 1970, I/18; Mauro Cappelletti, *La Pregiudizialità Costituzionale nel Proc. Civile,* 1972, p. 88; Pierandrei, verb. *Corte Costituzionale,* na *Enciclopedia del Diritto,* X/908; Balladore-Palieri, *Diritto Costituzionale,* 1955, p. 281, etc.).

Cita-se, em contraposição à Itália, o caso da Alemanha Federal, onde estaria consolidado o domínio do entendimento contrário, o da simples revogação (*v.g.* Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* 2. ed., 1982, p. 249); G. Zagrebelsky, Giustizia Costituzionale, 1988, p. 142).

Todavia, *est modus in rebus.*

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

"Objeto do controle 'abstrato' de normas" — noticia Ernst Friesenhahn (*La Giurisdizione Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca,* trad., 1973, p. 64), "são todas as normas jurídicas sem consideração nem ao momento de sua emanação nem ao seu caráter formal, incluídos, portanto, os regulamentos e as disposições de leis editadas antes da entrada em vigor da Lei Fundamental".

No mesmo sentido, as informações de Garcia de Enterria (*La Constitucion como Norma Jurídica, Y. el Tribunal Constitucional,* Madrid, 1981, p. 85). E também de Gilmar Ferrreira Mendes (*Controle de Constitucionalidade,* mimeo, UnB, 1987, p. 61), com minuciosa indicação da bibliografia germânica.

As razões da distinção aparentemente estranha às quais já se refere Ernst Friesenhahan (*La Giurisdizione Costituzionale,* cit. p. 68), estão analisadas com precisão por Odim Brandão Ferreira, em trabalho ainda inédito, a partir da análise dos *leading cases* da jurisprudência da Corte alemã, a respeito do tema.

Mostra o jovem estudioso que o *distinguo* partiu, na verdade, das diferentes funções que a Corte se atribui no controle concreto e no controle abstrato de normas.

De fato. No controle concreto — que o art. 100 da Lei Fundamental de Bonn determina seja suscitado pelo juiz, com suspensão do processo, sempre que, *incidenter,* considere inconstitucional a lei a aplicar —, entende o Tribunal que a sua tarefa de guardião da Constituição se retrai e avulta a de "impedir que qualquer tribunal se afaste da vontade do legislador ordinário federal ou estadual, ao não aplicar as leis por eles promulgadas, por as interpretar contrárias à Constituição" (decisão de 20.3.52). Donde, concluiu a decisão básica sobre o tema, de 24.2.53, a desnecessidade de alçar ao Tribunal Constitucional as questões incidentes relativas à subsistência das leis anteriores à Constituição: "a decisão sobre a compatibilidade do direito anterior com a Lei Fundamental" — explica o julgado, "deixa a autoridade do legislador intocada (...) O exame da compatibilidade de uma lei com uma Constituição promulgada posteriormente pressupõe justamente a eficácia jurídica original da norma testada. Somente quando o ato normativo do legislador mais antigo é visto como eficaz é que a questão da compatibilidade com a Constituição posterior

pode vir à tona. Se esta for negada, não se reduz a autoridade do legislador, mas constata-se objetivamente que uma vontade legislativa posterior deve preceder a outra que lhe é anterior. Para a resposta da questão da compatibilidade entre a lei anterior e posterior, é destituído de significado que esta se veicule por meio de uma norma de hierarquia superior. Neste ponto, a questão da competência dos tribunais para indagar da compatibilidade do direito anterior com a Lei Fundamental é um problema de colisão entre direito antigo e novo" (*apud* Odim B. Ferreira, *op. cit.*).

Diversamente entende o Tribunal alemão que, no controle abstrato (correspondente à nossa ação direta), a sua "tarefa (...) de ser o guardião da Constituição está em primeiro plano", donde, nessa via, "caber-lhe a aferição da compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Lei Fundamental". Conclusão essa a que, conforme documenta o mesmo trabalho, não esteve alheia a preocupação da segurança jurídica, dada a eficácia *erga omnes* da decisão.

Note-se que, em 2.10.68, a Corte alemã se manteve na orientação de 1952 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" (cf. *id. ib.*).

Claro, não está em causa discutir a procedência da sutil distinção germânica, taxada de artificial pela autoridade de Konrad Hesse (*apud* Odim B. Ferreira, trab. cit.): o que importa é enfatizar que nela está o inequívoco reconhecimento da viabilidade de tratar como inconstitucionalidade a antinomia entre a Constituição e o direito anterior.

Curiosa, de sua vez, é a solução marcadamente pragmática da jurisprudência constitucional espanhola.

Nos sistemas de controle concentrado exclusivo, tem-se oposto, à concepção da inconstitucionalidade sucessiva, a freqüência dos casos de incompatibilidade patente e induvidosa da lei antiga com a nova ordem 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, sucitar perante o Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade superveniente (*v.g.*, García de Enterría, *La Constitución como Norma Jurídica...*, cit., p. 88 s.; Antonio Cano Mata, *Cuestiones de Inconstitucionalidad — Doctrina del Tribunal Constitucional*, 1986, p. 60).

Não importam aqui as críticas sistemáticas, a que se expõe a orientação, já deduzidas por García de Enterría (ob. loc. cits.): o que interessa é frisar a sua premissa — correta, a meu ver — de que, em última análise, "no existe una auténtica contradición entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad" (sentença de 2.2.81, *apud* Enterría, op. cit., p. 90).

Em Portugal, como não se desconhece, a questão mereceu solução expressa na revisão constitucional, a partir da qual o art. 282, 2, explicitou que, tratando-se de inconstitucionalidade por infração de norma constitucional posterior, "a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última".

A regra positiva não inovou. Consagrou a doutrina que, em tese, reúne os mais autorizados publicistas lusos (cf. Jorge Miranda, *O Direito Constitucional e Ordinário Anterior*, em *Estudos sobre a Constituição*, 1977, I/353; *A Constituição de 1976*, 1977, p. 128, segs.; *Manual de Direito Constitucional*, 2. ed., 1983, II/248; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4. ed., 1986, p. 837; Canotilho e Vital Moreira, *Constituição* (...) *Anotada*, 1985, 2º/542).

Aliás, antes da solução positiva do atual art. 282 (fruto da revisão de 1982), já se firmara a competência do Conselho de Revolução e da Comissão Constitucional — órgãos do controle de constitucionalidade, no texto primitivo —, para conhecer das impugnações à sobrevivência do direito anterior (cf. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*, cit., II/139).

III

A perfunctória incursão no direito comparado — particularmente na jurisprudência e na doutrina dos países que mais recentemente tiveram de enfrentar o problema, tranqüiliza-me, com as vênias do eminente relator, de não estar a propor ao Tribunal nenhum "rematado absurdo".

De resto, é bom recordar que, também na doutrina brasileira, a questão está longe de pacificar-se.

Na doutrina, além da autoridade de Castro Nunes (*Teoria e Prática do Poder Judiciário,* 1943, p. 600) cuja argumentação, pela solução da inconstitucionalidade superveniente, o Ministro Brossard tomou como alvo de sua cerrada crítica —, já invoquei a de Lúcio Bittencourt (*O Controle,* cit., p. 131) — revogação, conseqüência da inconstitucionalidade —, que tem, entre os contemporâneos, a prestigiosa adesão de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais,* 1968, p. 144 segs. e 204 segs.). Parece situar-se no mesmo campo a opinião de Themístocles Cavalcanti (*Do Controle de Constitucionalidade,* 1966, p. 171).

IV

Para uma ponderável corrente de juristas, a opção, na polêmica, pela noção de inconstitucionalidade parte também de sua diversidade substancial em relação à revogação: a contradição das normas de grau inferior com a Lei Fundamental freqüentemente não se poderia reduzir aos marcos da incompatibilidade estrita entre normas do mesmo grau hierárquico, que se sucedem no tempo, determinante do fenômeno da ab-rogação.

Recorde-se, nessa linha, a decidida afirmação da primeira sentença da Corte Constitucional italiana — "i requisiti richiesti perchè si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegitimità costituzionale di una legge".

Afirmação que trai provavelmente a relevante influência de Calamandrei, como jurista e advogado, na discussão que antecedeu ao julgamento. "A norma constitucional" — escrevera, pouco antes, o grande publicista (*Corte Constitucional e Autoridade Judicial,* loc. cit., p. 152) —, "carece freqüentemente da categórica exatidão preceptiva própria da lei ordinária, cuja entrada em vigor faz cair automaticamente por ab-rogação o preceito anterior incompatível com o posterior, que toma o seu lugar; mas a norma constitucional tem freqüentemente um alcance a um tempo mais vasto e menos preciso, todas as vezes em que se estende mais que a editar preceitos, a indicar os princípios de ordem geral a que devem ajustar-se as leis ordinárias, de maneira que o decidir se uma lei ordinária é ou não incompatível com tais princípios já não é um problema específico de sucessão de leis, mas implica uma visão e uma interpretação panorâmica de todo o ordenamento constitucional..."

Citava Calamandrei, no mesmo passo de seu escrito (op. cit., p. 154), a observação de Balladore-Palieri (*Diritto Costituzionale,* 195, p. 281), para quem "o fato de que a nova norma seja uma norma constitucional, pode facilmente provocar maiores conseqüências e colocar em questão se não se devem considerar ab-rogadas normas da lei preexistente que talvez se salvariam, ao menos em parte, se só se aplicassem os princípios normais acerca da ab-rogação das leis".

Nessa mesma direção, pôs-se Franco Modugno (*L'Invalidità,* cit., I/32), ao sustentar que, se para verificar a incompatibilidade, pressuposto da ab-rogação, é necessário que, entre as duas normas, se interponha uma contradição tal que torne impossível a sua aplicação simultânea, a mesma contradição não parece necessária para determinar a invalidez ou a inconstitucionalidade — "Se per il verificarsi della incompatibilità é necessário che tra le due norme si frapponga una contradizione tale da renderne impossibile l'applicazione contemporanea, per cui dalla osservanza dell'ultima deriverebbe la disapplicazione e le inosservanza della prima, la stessa contraddizione non sembra necessária, anche se è certamente sufficiente, a determinare là invalidità o illegitimità".

Também Alessandro Pizzorusso (*Lecciones de Derecho Constitucional*, trad. Madrid, 1984, II/22) sustenta que inconstitucionalidade e derrogação têm alcances diversos, não apenas no plano processual (reserva ou não da competência à Corte Constitucional), mas também no plano substancial: a inconstitucionalidade, afirma, "pode derivar inclusive de princípios gerais, incapazes, por si sós, de exprimir uma norma suficientemente concreta para derrogar (e substituir) as anteriores".

Para não ficar somente na Itália, lembre-se que a mesma premissa de vinculação entre o conceito de revogação e a idéia de "*substituição de normas no ordenamento*, de uma regulamentação sucessiva da mesma matéria", está em Jorge Miranda (*Manual*, cit., p. 251), para notar, com vistas à hipótese de inconstitucionalidade superveniente, que "salvo assunção ou avocação da totalidade da disciplina pela norma de grau superior — rara, mas sempre possível, visto que à norma superior cabe definir a sua própria área de concretização — apenas uma norma de igual posição hierárquica substitui, de ordinário, outra".

"Uma norma constitucional" prossegue (*ib.*, p. 252), "revoga uma norma constitucional, como uma norma legal revoga outra norma legal". Ao contrário, conclui, "não existe revogação quando na economia do ordenamento não se prescinda das duas normas. O que acontece é que se oferecem dois graus e normas em cada um; nem a norma superior consome a inferior, nem esta arreda o poder regulador traduzido naquela ao dirigir-se às relações jurídicas".

É sabido, de resto, que o relevo dessa perspectiva de consideração do problema só tem avultado em face da preocupação, quase obsessiva, das últimas décadas com a efetividade da força normativa da Constituição, particularmente, com a afirmação do valor jurídico das normas constitucionais programáticas.

Não nego a sedução do raciocínio, que reclama profunda reflexão.

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 incide, a meu ver, em todos os níveis da ordem normativa.

Certo, ainda hoje é flagrante a menor densidade de grande parte das normas constitucionais em relação à das leis ordinárias.

Mas esse dado de fato, ainda que relacionado à própria função da Lei Fundamental, não é essencial ou necessário, como o comprova, aliás, a experiência das minudentes constituições contemporâneas. Nem exclui, como admite Jorge Miranda, que, em última análise, à norma superior é que caiba "definir a sua própria área de concretização", nem, por outro lado, que, segundo os cânones do direito intertemporal, uma lei ordinária posterior possa deter-se na estipulação de princípios gerais e, nem por isso, deixa de ab-rogar a lei anterior, cuja densa disciplina da matéria com eles, princípios gerais novos, se torna incompatível.

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.

V

A linha principal da orientação perfilhada pelos votos já proferidos fora traçada com precisão por meu inesquecível mestre, Victor Nunes Leal (*Leis Complementares da Constituição, RDA*, VII/379, 390):

"Parece-nos mais acertada a corrente que vê na incompatibilidade entre a lei anterior e a Constituição nova um simples caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Em primeiro lugar, porque o conflito que aí se abre é tipicamente um conflito de normas no tempo: a norma anterior considera-se revogada pela promulgação da norma posterior com ela incompatível.

Pouco importa que, na hipótese, a norma posterior não tenha apenas este caráter de norma posterior, mas seja também uma norma superior do ponto de vista hierárquico. A razão parece clara. O vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei. A lei que ofende a Constituição é como se não existisse, e a sua nulidade resulta da incompetência do órgão que a editou, já que o legislador ordinário não tem poder para emendar a Constituição. Mas, se a norma constitucional, com a qual a norma legal é incompatível, for posterior a esta, então não era incompetente o órgão que promulgou a norma legal, porque ao tempo de sua promulgação o legislador ordinário não exorbitara de sua competência: como a norma questionada não era incompatível com a Constituição vigente na época, não pertencia ela à competência do legislador constituinte, mas justamente à competência do legislador ordinário que a decretou.

Nessas condições, como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento, e conseqüentemente deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Mas tal não acontece. As relações jurídicas que se constituíram ao amparo da norma em questão até o momento de ser promulgado o novo texto constitucional com ela incompatível são plenamente válidas e subsistentes. Desse momento em diante é que a lei deixa de operar, mas não por motivo de nulidade. 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 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".

Nessa mesma trilha, o Ministro Brossard, depois de transcrever o trabalho de Victor Nunes, assevera que a lei inconstitucional "pode ser definida como uma lei que o Congresso fez, sem poder fazer. (...) Porque não estava em sua competência, porque escapava de suas atribuições, competência fixada pela Constituição, atribuições por ela demarcadas".

Em substância, partem ambos, já se vê, da conhecida concepção de Hans Kelsen (La Garantie jurisdictionelle de la Constitution, em *Rev. Dir. Public.*, 1928, p. 197, 206), segundo a qual a inconstitucionalidade material — única de que se cogita, no tocante à inconstitucionalidade superveniente (Pierandrei, op. loc. cits., p. 908) —, em última análise, se reduziria a uma inconstitucionalidade formal, na medida em que uma lei cujo conteúdo é contrário à Constituição deixaria de ser inconstitucional, se fosse votada como emenda constitucional — "une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionelle si elle étoit votée comme loi constitutionelle".

Não obstante a sedução lógica do argumento, a mim me parece que as duas figuras — a inconstitucionalidade material e a inconstitucionalidade formal, seja a orgânica ou a processual — são categorial essencialmente inconfundíveis, dado que a primeira, a material, diz com a invalidade de normas e a segunda, a formal, com a invalidade do ato de criação normativa, independentemente do conteúdo das normas criadas: nas palavras de Franco Modugno (*L'Invalidità*, cit., II/152), "i vizi sostanciali riguardano le norme deduzibili dalle disposizioni poste dall' atto, mentre i vizi formali riguardano é atto in quanto tale, nei suoi pressuposti, nel suo procedimento e nei momenti della deliberazione, della dichiarazione, della documentazioni e infine della pubblicazione".

De qualquer sorte, estou, com todas as vênias, em que o referido argumento básico da negação da própria idéia de inconstitucionalidade sucessiva faz abstração de certas conotações típicas da problemática da relação Constituição e direito ordinário pré-constitucional, particularmente, da chamada recepção do direito antigo pela ordem nova.

Aqui, sim, é fundamental voltar às fontes da lógica jurídica de matriz kelseniana.

Ainda que de grau mínimo, a Constituição de 1988 é fruto de uma ruptura do ordenamento anterior, substantivada na EC nº 26/85, que alterando o processo de revisão constitucional da Carta de 69, investiu o Congresso Nacional em poderes de assembléia constituinte para votar uma nova Constituição, que dificilmente se poderia reduzir juridicamente a uma simples reforma da anterior.

De qualquer modo, substituída integralmente a Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência, a fim de explicar a sobrevivência, sob o novo ordenamento positivo, do direito ordinário preexistente, não incompatível, se têm valido da teoria da recepção — como agora o faz o voto do eminente Ministro Celso de Mello —, em moldes similares àqueles em que Kelsen a adotou para explicar a subsistência parcial da legislação precedente, na hipótese de revolução jurídica, isso é, de mudança da Constituição, por meios ilegítimos à luz da ordem anterior. Vale, assim, recordá-los (*Teoria General del Derecho y del Estado*, México, 1949, p. 121):

"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".

E conclui, o mestre de Viena, com a síntese freqüentemente repetida:

"A 'recepção' é um procedimento abreviado de criação jurídica. As leis que, de acordo com o modo ordinário e inadequado de dizer, continuam sendo válidas, são, do ponto de vista jurídico, leis novas cujo sentido coincide com o das anteriores. Não são idênticas às leis anteriores porque a razão de sua validade é diferente".

"As normas comuns ao velho e ao novo ordenamento — repisa Bobbio (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad., cit., p. 177) — "pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. 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".

À luz de raciocínio similar, Jorge Miranda (*A Constituição de 1976*, cit., p. 119) enfatiza que o que se tem, quando da mudança da Constituição, não é recepção formal, mas receção material de normas do ordenamento caduco. "A recepção formal", explica, "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", conclui o notável jurista português, "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".

Donde a afirmação, ainda de Jorge Miranda (*Manual*, cit., II/242) de que "a superveniência de uma Constituição provoca é a novação do Direito ordinário anterior. Como toda e cada uma das normas, legislativas, regulamentares e outras, retiram a sua validade, direta ou indiretamente, da Constituição, a mudança da Constituição acarreta mudança de fundamento de valdiade: as normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas no seu título ou na sua força jurí-

dica, pela Constituição, e sistematicamente deixam de ser as mesmas".

Idéia similar de "novação da fonte de validade" das normas anteriores à Constituição já se encontrava em Mortati (*Abrogazione Legislativa*, loc. cit., p. 70).

Escuse-me o Tribunal a digressão teórica. Ela me pareceu necessária para firmar que, na perspectiva da nova ordem constitucional, sejam as normas recebidas, porque compatíveis, seja mas normas repelidas, porque inconciliáveis com a lei fundamental, superveniente, todo o direito ordinário anterior, enfim, é tratado como se a data de sua vigência fosse a mesma da Constituição, tanto quanto esta o receba, quanto quando o repila.

Sublinhe-se 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.

Segue-se daí a importância fundamental do ponto assentado. Ele permite afirmar — em respeitosa contradita ao carro-chefe da argumentação do mestre Victor Nunes e do Ministro Brossard —, 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. Categoria, essa última, no entanto, que ambos repelem, com base, precisamente, nessa diversidade, só aparente, de natureza e de efeitos.

Ao contrário, *data venia*, a verdade é que, também a inconstitucionalidade sucessiva pode ser interpretada como nulidade *ab origine*, susceptível de ser declarada com efeitos *ex tunc*, se se tem na devida conta que, sob o prisma do ordenamento superveniente, à luz do qual se lhe afere a invalidez, a norma repelida, a exemplo da norma recebida, há de considerar-se como se fora datada da promulgação da Constituição nova.

Desse modo, a chamada superveniência da inconstitucionalidade da lei antiga tem em conta o momento histórico de sua produção, sob a ordem constitucional caduca; não, porém, o momento jurídico em que deixa de ser recebida pelo novo ordenamento, por incompatibilidade com a Constituição nova, momento que coincide com o início da vigência desta (cf. Jorge Miranda, *Manual*, cit., II/251).

Assim, do mesmo modo como ocorre, em sistemas como o nosso, na hipótese de inconstitucionalidade originária —, também a declaração da inconstitucionalidade superveniente gera efeitos *ex tunc*, isto é, a partir do momento da inconstitucionalidade.

Notaram-no Canotilho e Vital Moreira (*Constituição*, cit., 2º/342). A Constituição portuguesa, no art. 282, I, acolhe a regra, dominante entre nós, de que a declaração em tese da inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes* "desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional". E cuida a seguir da inconstitucionalidade sucessiva, no art. 282, 2, assim comentado pelos juristas renomados:

"No nº 2 contempla-se a hipótese de inconstitucionalidade (ou ilegalidade) superveniente, pelo que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ou ilegalidade) não podem retroagir ao período em que a norma não era inconstitucional (ou ilegal). Os efeitos contam-se a partir do momento da entrada em vigor da norma constitucional que tornou inconstitucional a norma em causa (...) Em rigor, não se trata de uma exceção ao nº 1; estabeleceu-se apenas um regime que é um corolário lógico da natureza superveniente da inconstitucionalidade ou ilegalidade. A regra é, ainda aqui, a da produção de efeitos desde a origem da inconstitucionalidade ou da ilegalidade (*ex tunc*)".

Entre parênteses, convém notar que a ruptura — que a idéia de novação enfatiza —, na identidade mesma da norma legal preexistente — a qual, não obstante conservar o mesmo conteúdo, será uma, até o advento da Constituição nova, e outra, a partir daí —, desfaz mais uma perplexidade possível; não obstante a declaração de sua inconstitucionalidade, sob o estalão da nova ordem, a lei preexistente, se for o caso, continuará a ser tida por aplicável aos fatos anteriores sobre os quais haja incidido vali-

damente na vigência do ordenamento caduco: o mesmo conteúdo normativo, que se declarou inconstitucional, enquanto norma do ordenamento novo, se pode aplicar, e reputar constitucional, enquanto norma diversa do ordenamento passado.

Vale insistir, *data venia,* em que a inconstitucionalidade superveniente jamais será, no sistema brasileiro, declarada com efeitos *ex nunc*: eficácia *ex nunc* teria a declaração de inconstitucionalidade que — a exemplo de outros sistemas de controle, qual o primeiro modelo austríaco — só produzisse efeitos a partir da decisão judicial. Esse evidentemente não é o caso, no sistema brasileiro, em que, segundo a opinião dominante, a declaração de incompatibilidade da norma inferior com a superior, seja qual for a sua qualificação específica se reputa sempre declaração de nulidade, conseqüentemente, de efeitos *ex tunc,* isto é, retroativos ao momento da ocorrência do que seja ele, indiferentemente, vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

É sugestivo, aliás, que, por isso, a idéia de inconstitucionalidade superveniente, ao invés da de revogação, seja repelida por aqueles que, na trilha de Pontes de Miranda, emprestam eficácia constitutiva — donde, *ex nunc* —, a qualquer hipótese de declaração judicial de inconstitucionalidade. É que nessa perspectiva, aí sim, se poderia dizer que a revogação teria eficácia no tempo mais radical do que a da posterior decisão constitutiva negativa de inconstitucionalidade: nesse sentido, a argumentação brilhante de Marcelo Neves (*Teoria de Inconstitucionalidade das Leis,* Saraiva, 1988, p. 96).

Creio que nessa mesma chave — lei inconstitucional anulável, e não, nula — é que cabe situar a posição de Kelsen, no célebre ensaio de 1928 (*La Garantie Jurisdictionnelle,* loc. cit. 235), ao afirmar que a anulação de uma lei inconstitucional só seria necessária a rigor se a lei é posterior à Constituição: porque, explicou o grande pensador, "se se trata de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a revoga, em virtude do princípio de *lex posterior*; então, anulá-la, parece supérfluo e até logicamente impossível" — "il parait donc superflu e même logiquement impossible de l'annuler".

Entre nós, contudo, não se trata de anular, nem de desconstituir leis inconstitucionais: a concepção ortodoxa de inconstitucionalidade, no Brasil — que é a minha, mas também a dos doutos votos que me antecederam —, é a que afirma a nulidade do ato inconstitucional, que simplesmente se declara, com efeitos contados da data em que tenha ocorrido.

A partir daí, inconstitucionalidade sucessiva e revogação tem efeitos materiais e temporais equivalentes. O que difere, nos mecanismos processuais da aferição de uma ou de outra, é a admissibilidade do controle abstrato da inconstitucionalidade, mas não, da revogação. Nesse ponto, porém, ao qual voltarei, a abertura da via rápida da ação direta, a caminho da decisão declaratória *erga omnes,* é, precisamente, *data venia,* o que empresta à concepção da inconstitucionalidade superveniente, relativamente à da simples revogação, muito maior força no sentido da efetividade da Constituição.

VI

Por ser assim — se o Tribunal recusa a idéia de inconstitucionalidade sucessiva como excludente da idéia de ab-rogação de lei ordinária pela Constituição posterior —, a mim igualmente me satisfaria, porque leva ao mesmo resultado, no que é relevante, a corrente intermédia, representada entre nós por Lúcio Bittencourt e José Afonso da Silva, que admite, para a hipótese, a natureza de revogação, qualificada, porém, como efeito da inconstitucionalidade. E, portanto, viabilizando igualmente a ação direta.

Aludindo ao entendimento de Castro Nunes, longamente referido pelo eminente relator, acentuou o saudoso Lúcio Bittencourt (*O Controle,* cit., p. 132):

"O equívoco do mestre consiste, a nosso ver, em considerar paralelas as duas situações, excludente uma da outra, quando, de fato, a inconstitucionalidade é um estado — estado de conflito entre uma lei e a Constituição — e a revogação é o efeito des-

te estado. O Tribunal declara a inconstitucionalidade e, em conseqüência desta, reconhece a revogação da lei".

Posição substancialmente equiparável tem sido assumida, no estrangeiro, por renomados estudiosos do tema.

Dentre eles, na Itália, Mauro Cappelletti (*La Pregiudizialità Costituzionale,* cit., p. 90) acentua que mesmo em relação às leis ab-rogadas por incompatibilidade sobrevinda com a norma constitucional, quando da entrada em vigor desta, "a causa da ab-rogação coincide com a inconstitucionalidade" delas. Não nega que haja ab-rogação, mas sendo a revogação causada por inconstitucionalidade, nega é que dela pudesse conhecer o juiz ordinário, no sistema concentrado italiano: "anche le leggi abrogate per incompatibilità sopravvenuta con la norma costituzionale, nell' atto stesso in cui questa norma é entratu em vigore si son trovate en contrasto com essa, e la causa quindi della loro abrogazione coincideva con la loro incostituzionalità è vero che questa incostituzionalità é venuta meno, per cosi dire, nell'atto stesso in cui si è manifestata, a causa dell'abrogazione della norme incostituzionale: ed io non nego affatto (...) che detta abrogazione si possa essere verificata. Nego però che il giudice ordinario possa conoscere al fine della disapplicazione, dato che una siffatta cognitio sarebbe cognizione di un'abrogazione causata da incompatibilità, ossia da incostituzionalità..."

Em Portugal, Canotilho (*Direito Constitucional,* cit., p. 837) julga "não existir, em relação a leis ordinárias pré-constitucionais contrárias à Constituição, nem uma relação de anterioridade dos juízos de revogação e de inconstitucionalidade, nem uma relação de exclusão. Não há uma relação de anterioridade: a respeito de normas revogadas, não se suscita um problema de constitucionalidade. Não há uma relação de exclusão: se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição, então a contrariedade é ela mesma premisssa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade)".

Essa mesma concepção de que, na relação lei anterior *versus* Constituição posterior, as idéias de inconstitucionalidade e de revogação não se excluem, uma à outra, não parece ser estranha, de sua vez, às originais soluções dicotômicas tomadas a propósito, de um lado, pela jurisprudência constitucional alemã — que resolve a dicotomia, na via do controle concreto, dando prevalência ao prisma da revogação e, no controle abstrato, ao da inconstitucionalidade — e, de outro, pela do Tribunal Constitucional da Espanha.

No *leading case* da jurisprudência espanhola, aliás, ficou expresso, em termos muito semelhantes às colocações de Lúcio Bittencourt e de Canotilho, que "no existe auténtica contradicción entre el problema vigencia-derrogación e el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad (...) En la medida en que la derrogación se produce por contradición con la Constitución, la contradiccion con la Constitucion es una premisa de la derrogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplesmente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad non es la consecuencia, sino simplesmente la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que puedem ser concurrentemente la derrogación y la nulidad" (cf. Garcia de Enterría, ob. cit., p. 90).

VII

Existe ainda, nos dois votos proferidos, especialmente no do Ministro Brossard, uma outra objeção à idéia de inconstitucionalidade superveniente.

Indaga, a propósito, o eminente relator, com a eloqüência que o singulariza, "como poderia o legislador observar Constituição inexistente ao tempo em que elaborou a lei, como poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas".

"Mesmo que o legislador fosse vidente" — responde S. Exa. — "e tivesse a antevisão do que iria acontecer, e de antemão soubesse que uma Constituição com tais e quais preceitos viria a ser promulgada, mesmo assim não lhe poderia obedecer, por estar sujeito aos preceitos e termos da Constituição vigente".

Com todas as vênias, não me convenci de que o argumento, de fascinante cintilação retórica, tivesse maior peso jurídico.

A inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, ao qual é de todo alheia qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional.

A razão, por isso, cabe a Jorge Miranda (*Manual,* cit., II/250), quando anota que "a inconstitucionalidade não é primitiva ou subseqüente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos".

Atemporal e impessoal, a inconstitucionalidade repele, pois, o que, embora a outro propósito, Calamandrei (*Ilegitimidad Constitucional de las Leyes,* en *Estudios,* cit., III/89) chamou de "concepção, por assim dizer, antropomórfica do que, na realidade, é somente um conflto objetivo de normas".

Ao contrário — quando se cuida de inconstitucionalidade superveniente — que advém do cotejo de uma norma editada sob uma ordem constitucional com as normas e princípios de um outro ordenamento, futuro —, a declaração da invalidade sucessiva da lei pode até significar o reconhecimento da lealdade do seu autor aos valores constitucionais da sua época.

Tanto assim é, já antes se observou, que o mesmo conteúdo normativo da regra geral fulminada de inconstitucionalidade superveniente poderá seguir regendo os fatos anteriores à nova Lei Fundamental, se assim o determinarem os cânones do direito intertemporal pertinente.

VII

Finalmente, não desconheço o peso pragmático de uma última objeção, a que deu particular relevo o voto do eminente relator: a que parte da exigência, posta nas sucessivas constituições brasileiras, desde a de 1934, do *quorum* da maioria absoluta dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público, hoje, no art. 97 da Constituição em vigor.

Como a mesma exigência não se põe, se se reduz o problema à declaração de estar a lei ou ato normativo simplesmente ab-rogados, aí se alicerçou o argumento do Ministro Brossard, segundo o qual, na tese da inconstitucionalidade superveniente, a lei maior, a Constituição, valeria menos que a lei menor posterior, em relação à lei ordinária pré-constitucional.

Minha discordância, já o disse, está em que, ao contrário, só à declaração de inconstitucionalidade é que o sistema brasileiro concedeu via processual direta para decisão em tese com eficácia geral: e esta é a prova maior da força de sua suprema eficácia.

Reconheço, entretanto, que, em relação ao sistema difuso, a exigência do *quorum* especial constituiria efetivamente um complicador procedimental, difícil de justificar, mormente quando se cuidasse de atestar incompatibilidade aberta e manifesta entre as normas cotejadas.

Convenci-me, entretanto, que o brilhante voto do Ministro Brossard fornece, ele mesmo, os dados que permitem afastar o complicador aparente.

Mostrou S. Exa. que o *quorum* qualificado referido se liga à presunção de constitucionalidade das leis. Mas mostrou também, com precisão inexcedível, que à lei anterior à Constituição não favorece a presunção de constitucionalidade, que ela não tem, diz S. Exa., "porque não poderia ter, pela mais óbvia dessas 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".

Ora, se assim é — e estou em que o seja — a objeção do *quorum, data venia,* pode afastar-se por si mesma, ou seja, pela ausência das razões de ser, que a explicam e que lhe condicionam a exigência.

A dificuldade se resolve, assim, pelo recurso à interpretação restritiva, que Karl Larenz chamaria de integração de lacunas "ocultas, mediante redução teleológica" (*Metodologia da Ciência do Direito*, 2. ed., trad., Lisboa, 1989, p. 473).

O notável teórico germânico qualifica de lacuna oculta "o caso em que a regra geral legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna", explica, "efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido". E, com isso, "a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei".

Aplicada ao art. 97 da Constituição, a redução teleológica circunscreve a exigência do *quorum* qualificado ao âmbito correspondente à finalidade que a explica — a proteção da presunção de constitucionalidade das leis posteriores à Constituição. E o faz sem necessidade, para obviar-lhe a injustificada incidência, na hipótese das leis anteriores, de fugir à evidência de que a sua desconformidade com norma de Lei Fundamental se resolve numa inconstitucionalidade (ou numa revogação por inconstitucionalidade) e, nunca, numa simples revogação.

Mutatis mutandis, interpretação restritiva ou redução teleológica similar já a praticou o Supremo Tribunal, por exemplo, quando contra a amplitude do texto constitucional correspondente, cingiu, à hipótese de declarações incidentes de inconstitucionalidade proferidas pela Corte, a necessidade de suspensão *erga omnes* de sua vigência pelo Senado Federal e a dispensou, no caso da declaração por via principal.

IX

Creio, Senhor Presidente, ter dado conta suficiente — e certamente com uma extensão maior do que a excusável —, das razões pelas quais sigo convencido da inteira viabilidade técnica da inconstitucionalidade superveniente, seja como entidade oposta e excludente da revogação de lei por norma constitucional posterior, seja como fundamento dessa categoria qualificada de revogação.

Convicção, é certo, que não ilide o respeito pela concepção oposta, dos que se recusam a distinguir o fenômeno questionado da simples revogação de uma norma ordinária por outra posterior, do mesmo nível.

De minha parte, é uma certeza. Mas, uma certeza jurídica, com toda a relatividade que o objeto lhe impõe, sobretudo em matéria constitucional (cf. K. Hesse, *La Interpretación Constitucional,* em *Escritos de Der. Constitucional,* trad. Madrid, 1983, p. 31, 55).

Estou consciente, por sua vez, de que a opção, que o problema impõe, não é apenas técnica. É de alta política constitucional: admitida a razoabilidade jurídica das várias soluções aventadas, a eleição, entre elas, por um tribunal como este há de guiar-se no sentido que se lhe apresente como a mais adequada à efetividade da Constituição, que é o cometimento fundamental desta Casa.

Aliás, nem é novidade o liso reconhecimento de que o deslinde da questão não pode prescindir da consideração das conseqüências de cada alternativa posta sobre a eficácia e a qualidade do controle da legitimidade das leis.

Já o anotara Calamandrei, ao tempo mesmo da polêmica acesa (*Corte Constitucional e Autoridad Judicial,* loc. cit., III/154).

Depois de noticiar a discussão e reconhecer que são bons os argumentos de ambos os lados, tanto os invocados a favor da tese de inconstitucionalidade, quanto os da corrente de revogação, Zagrebelsky (*Giustizia Costituzionale,* 1977, p. 42) conclui que a opção da Corte Constitucional dependeu mais de preocupação de natureza político-institucional e das condições históricas, nas

quais o juízo constitucional se instalou, do que de estritas razões de lógica jurídica — "La scelta operata dala corte costituzionale é dipesa di più da preoccupazioni di natura político-istituzionale e delle condizioni storiche in cui il giudice costituzionale ha iniziato ad operare, che non da strette razioni di logica giuridica".

Dessas preocupações institucionais, na decisão de abrir a via do controle direto e concentrado de constitucionalidade à aferição da compatibilidade com a nova ordem das leis anteriores, tem estado sempre presente a relativa à certeza e à segurança jurídicas, conseqüentes à eficácia *erga omnes* das sentenças da Justiça Constitucional, que, de sua vez, é instrumento da efetividade da Constituição.

Por isso, Calamandrei (*Corte Constitucional y Autoridad Judicial*, loc. cit., III/154), vincula a opção pela tese da ilegitimidade superveniente, e a conseqüente reserva à Corte Constitucional da competência respectiva, às razões da preferência do constituinte pelo sistema de controle principal e concentrado. "Enquanto o controle difuso, confiado à Magistratura" — explica — "deixa aberta a possibilidade (...) de discrepâncias entre os diferentes órgãos julgadores acerca da legitimidade constitucional de uma mesma lei, a declaração de inconstitucionalidade pronunciada *incidenter tantum* por um juiz, deixa em vigor a lei com vistas a todos os possíveis casos futuros e aberta a possibilidade de que outro juiz, em outra controvérsia, a considere legítima e a aplique, o controle concentrado entregue à Corte constitucional, propicia a esta resolver a questão de uma vez e para sempre, mediante uma declaração válida *erga omnes*, que não deixa rastros de dúvida atrás de si (...) O sistema foi querido assim" — aduzia o mestre — "porque, uma vez suscitada em juízo uma questão de ilegitimidade constitucional que não seja evidentemente infundada, isso basta para projetar sobre a lei uma sombra de descrédito que faz surgir o interesse público numa decisão de dúvida *erga omnes*".

Confirma o moderno Pizzorusso (*Lecciones*, cit., II/201) que, não obstante a seriedade do entendimento de que a revogação seria prejudicial da declaração de invalidade, o argumento de que a última, a de inconstitucionalidade, quando objeto de decisão da Corte Constitucional, ganha em certeza, induziu a doutrina e a jurisprudência à posição oposta.

O próprio Kelsen (*La Garantia Jurisdictionelle*, p. loc. cit., p. 235-6) — embora optando, à luz de suas premissas acerca de inconstitucionalidade, por que a revogação, já ocorrida, tornaria supérflua a posterior anulação da lei inconstitucional — não obstante presta homenagem à mesma preocupação de certeza jurídica, do entendimento contrário — "Il peut sembler mauvais d'en abandoner la décision aux multiples autorités chargées de l'application des lois, dont les vues sur ce point secont peut-être trés vacillant. Et on peut donc se demander s'il n'y aurait pas lieu de leur retirer également l'examen de la compatibilité des lois anciennes avec la Constitution qui ne les a pas expressément abrogérs et de les confier au tribunal constitutionnel central..."

Na Espanha, García de Enterría (*La Constitución como Norma*, cit., p. 92) critica a solução ali prevalecente e adere à italiana, que supera, diz, a visível debilidade pragmática, resultante da grave insegurança jurídica que se consagra "si se deja a una multiplicidad de centros de decisión, la que compone la totalidad de jueces y Tribunales ordinários, resolver el problema del alcance que la promulgación de la Constitución supone efectivamente sobre todo el ordenamiento precedente".

Na Alemanha, ao criticar a solução dicotômica da jurisprudência, também acentuou Konrad Hesse que "sob o aspecto da clareza e certeza jurídica, nada favorece a exclusão das leis pré-constitucionais (...) do monopólio decisório do art. 100, 1, LF, mas, ao contrário, tudo aconselha a sua inclusão. De um ponto de vista funcional" — conclui — "deve-se partir menos da diferença formal da norma testada do que da tarefa unificadora do Tribunal Constitucional Federal" (*apud* Odim B. Ferreira, *op. cit.*).

Estou, Senhor Presidente, como de início já deixei claro, em que essas considerações, *mutatis mutandis,* se podem somar, também no Brasil, às razões teóricas expendidas em favor da admissão da ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos anteriores à Constituição.

Certo, as autoridades acima invocadas escreveram sob sistemas de controle concentrado exclusivo.

Não creio, entretanto, que a simbiose institucional do constitucionalismo brasileiro, no particular — que terminou por acoplar o método incidente e difuso, da matriz americana, ao método europeu, de controle direto e concentrado de constitucionalidade das leis —, supera as preocupações de segurança jurídica que influíram alhures à recusa, no tema questionado, da tese de simples revogação do direito preexistente pela Constituição. Pelo contrário.

No ponto, é extremamente significativa a singular resposta ao problema da jurisprudência alemã. De fato, a mesma decisão, que reconheceu a competência dos tribunais ordinários para rejeitar o direito anterior, considerou a objeção do conseqüente "perigo de estilhaçamento do direito ou, pelo menos, de insegurança jurídica"; e a respondeu, não só com o aceno à futura pacificação jurisprudencial dos problemas levantados, mas realçando o "especial significado" da circunstância de que, à luz das regras constitucionais do controle abstrato (GG, art. 93, § 1º, 2), "os órgãos constitucionais ali arrolados podem, imediatamente, e a qualquer momento, apresentar ao Tribunal Constitucional, para que este a decida" (*apud* Odim B. Ferreira, *op. cit.*).

Essa solução dualista, que lá prevaleceu, também a propicia, no Brasil, a convivência do controle difuso com o controle concentrado, voltado prioritariamente, o primeiro, à proteção *incidenter* dos direitos subjetivos lesados pelo ato inconstitucional e, o segundo, à segurança jurídica e à efetividade da Constituição, obtidas pela eficácia universal da declaração em tese da invalidade ou validade dele.

A diferença, pois, como também já frisei em relação aos sistemas de controle concentrado exclusivo, é que, no sistema misto brasileiro, sem prejuízo da atuação do controle abstrato, o controle difuso libere a solução das situações individuais, não só das restrições de legitimação ativa, mas também das delongas da suspensão do processo, à espera da decisão do tribunal constitucional: simplificação esta de particular relevância prática, nas hipóteses em que a incompatibilidade da lei antiga com a ordem constitucional subseqüente seja inequívoca e incontroversa.

Essa apropriação simultânea da presteza e da legitimação universal do controle incidente e das vantagens institucionais da rápida obtenção da segurança e da solução isonômica pela decisão *erga omnes* do sistema concentrado, já a viabiliza cotidianamente o ordenamento processual brasileiro no tocante às leis posteriores à Constituição.

Não consigo divisar por que renunciar, com relação às leis editadas sob o regime anterior, às virtualidades da ação direta.

Pelo contrário. A exemplo de Jorge Miranda (*Manual,* cit. II/350), a mim me parece que, em relação ao direito ordinário pré-constitucional, é que as exigências da efetividade da nova ordem constitucional conspiram mais imperativamente no sentido da abertura do controle direto:

"Se convém proceder, com a maior eficácia possível, à expurgação do sistema jurídico de normas contrárias à Constituição" — argumenta o publicista eminente — "ela torna-se ainda mais necessária para as normas anteriores do que para as normas posteriores, visto que estas são decretadas por órgãos por ela criados e que se presume agirem segundo os seus critérios e valores, ao passo que as normas de Direito anterior são resquícios de um sistema ou de uma idéia de Direito que a Constituição erradicou definitivamente".

Dar o máximo de efetividade, em todos os níveis do ordenamento, ao estalo de valores, princípios e regras da nova Constituição é a missão de que, a meu ver, não se pode demitir o Supremo Tribunal.

Por isso, com as homenagens ao brilho dos seus votos e todas as vênias dos eminentes pares que me antecederam, e o testemunho de meu respeito aos precedentes da Corte, por eles invocados, rejeito a preliminar.

Nem por isso, entretanto, posso conhecer da ação direta, dada a firme jurisprudência do Tribunal que nega legitimação para tanto às federações sindicais, como é a autora — Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino.

Por isso é que, também eu, não conheço da ação: é o meu voto.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A presente ação direta argúi a inconstitucionalidade material, em face da Constituição vigente, do Decreto-lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, com a nova redação que lhe deu o Decreto-lei nº 2.449, de 21 de julho do mesmo ano, que alterou a legislação referente aos programas PIS/PASEP.

2. O voto do eminente Relator, preliminarmente, não conhece da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, vez que o ato impugnado é anterior à Constituição de 1988, em que se funda a argüição.

3. Na sessão plenária de ontem, 6.2.92 — ADIn 2, relator o eminente Ministro Paulo Brossard —, proferi longo voto em sentido contrário (cópia anexa).

4. Entretanto, na confortadora companhia dos eminentes ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, fiquei vencido.

5. A maioria, constituída pelos oito votos restantes, firmou-se no entendimento de que a não recepção da norma anterior por incompatibilidade material com a ordem constitucional superveniente resolve-se em simples revogação, a cuja declaração não se presta a ação direta de inconstitucionalidade.

6. *Data venia,* e malgrado o brilho dos pronunciamentos que formaram a maioria, pessoalmente, mantenho-me fiel à convicção manifestada.

7. Não obstante, a profundidade da discussão do tema, na assentada de ontem, o número e a qualificação dos votos, que alicerçaram a decisão da Corte, prenunciam jurisprudência sedimentadora e duradoura.

8. A resistência individual, a partir daí, teria sabor meramente acadêmico e contribuiria apenas para retardar e tumultuar o desenvolvimento dos trabalhos do plenário, já congestionados.

9. Guardando, embora o meu inabalado convencimento derrotado, rendo-me à força numérica e à autoridade da maioria e acompanho o eminente Relator: é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADIn 438-7-DF — questão de ordem — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Reqte.: Governador do Estado de Rondônia (adv.: Aliete Alberto Matta Morhy). Reqdos.: Governador e Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, ocasionalmente, os srs. ministros Célio Borja e Paulo Brossard. Plenário, 19.12.91.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Votou o Presidente. Plenário, 7.2.92.

Presidência do senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os senhores ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Galllotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mellllo, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.