

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: SUPERANDO AS TESES DO “LEGISLADOR NEGATIVO” E DO ATIVISMO DE CARÁTER JURISDICIONAL

ANDRÉ RAMOS TAVARES*

RESUMO: O presente estudo discute a função estruturante, que é a mais difundida entre as funções da justiça constitucional. Tem como enfoque o significado e a relevância da proteção à estrutura normativa, verificando-se em que medida uma atividade desse calibre interfere no e/ou equipara-se ao papel exercido pelo legislador. A tese apresentada é então contraposta à conhecida ideia cristalizada por Kelsen na expressão “legislador negativo”.
PALAVRAS-CHAVE: Justiça Constitucional; Função Estruturante; Ativismo Judicial.

ABSTRACT: The present study discusses the structuring function, which is the most spread out among constitutional justice’s functions. It focuses on the meaning and relevance of the normative structure protection, verifying to what extent an activity of this caliber interferes with and/or equates to the legislator’s role. The thesis presented is then set against the well-known idea crystallized by Kelsen in the “negative legislator” expression.

KEYWORDS: Constitutional Justice; Structuring Function; Judicial Activism.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias; 2. Uma função “estruturante” como própria da Justiça Constitucional; 3. A necessidade da função estruturante; 4. Natureza normativa da função estruturante e seu *status* constitucional; 5. Referências Bibliográficas.

SUMMARY: 1. Introductory considerations; 2. A structuring function as proper to constitutional justice; 3. The requirement of the structuring function; 4. Structuring function’s normative nature and its constitutional *status*; 5. Bibliographical References.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Justiça Constitucional apresenta como função nuclear a defesa rotineira da Constituição, o que tenho preferido chamar de curadoria constitucional, exatamente para significar a necessidade de *proteger e implementar* as normas constitucionais, numa ideia alinhada àquela construída por HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (2005: 10) no sentido de que a “verdadeira defesa constitucional é a que pode obter uma aproximação entre a Constituição formal e a Constituição real”. A compreensão dessa atribuição (ou defesa) envolve a elucidação (desmembramento) das diversas atividades envolvidas,

Artigo recebido em 15.03.2008 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 23.06.2009.

* Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; *Visiting Scholar* na *Cardozo School of Law – New York*; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

cujas peculiaridades permitem essa subdivisão em categorias distintas. Uma análise completa das funções da Justiça Constitucional não pode prescindir de uma análise tópica de tais categorias¹.

O presente estudo, porém, adotará um enfoque mais específico em virtude dos limites de espaço. Discutirá o que denomino *função estruturante*, que é a mais difundida entre as funções da Justiça Constitucional e, ademais, aquela que se considera essencial (contemporaneamente) para que um Tribunal se caracterize como Constitucional (cf. TAVARES, 2005: 202-3). Não será realizada, contudo, uma análise do fundamento e sentido de uma teoria das funções fundamentais da Justiça Constitucional, imprescindível para a compreensão dessa categoria funcional, tanto em relação às demais funções quanto à legitimidade de seu exercício, suas implicações democráticas e políticas.

O presente estudo terá como enfoque o significado e a relevância da proteção à estrutura normativa, verificando-se em que medida uma atividade desse calibre interfere no e/ou equipara-se ao papel exercido pelo legislador, o que envolve o pressuposto da caracterização jurisdicional ou judicialiforme da Justiça Constitucional². A tese será contraposta à conhecida ideia cristalizada por Kelsen na expressão “legislador negativo”, referida ao (e legitimadora do) Tribunal Constitucional enquanto instituição consagrada do constitucionalismo ocidental pós-II Guerra Mundial.

2. UMA FUNÇÃO “ESTRUTURANTE” COMO PRÓPRIA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Denominar-se-á *estruturante* a função por meio da qual se promove a adequação e a harmonização *formais* do ordenamento jurídico, consoante sua *lógica* interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada.

O que a Justiça Constitucional realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não-contradição interna, mas igualmente obter um “funcionamento prático” do ordenamento (LUÑO, 1997: 206).

A manutenção do sistema normativo envolve, basicamente, o respeito do arquétipo jurídico em termos de hierarquia e competência, de maneira que eventual conflito que se possa estabelecer tem de ser dirimido e eliminado pelo órgão habilitado do sistema.

Quanto à obediência dos comandos de competência, considerar-se-á categoria funcional à parte, tendo em vista as profundas diferenças encontráveis no desempenho dessa função e daquela outra decorrente da manutenção da hierarquia.

A ideia de uma função estruturante, portanto, é adotada com esse sentido técnico restrito. Tudo o que se relacionar com a *estrutura básica do edifício jurídico*

¹ Para uma sistematização das diversas “funções” da Justiça Constitucional: TAVARES, 2005.

² Também não será explorada, aqui, portanto, a tese de que a Justiça Constitucional é ou tem sido essencialmente política, ou ainda de que funcionaria como uma jurisdição “especial”.

será considerado função estruturante. Essa terminologia incorporará, portanto, aquela que é a função considerada inaugural, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. É a função nuclear do Tribunal Constitucional, na concepção de muitos autores, como PETRUCCI (1950: 443) e ENTERRÍA (1983).

Em síntese, nessa função se compreende o controle do respeito à hierarquia e à distribuição de competências. Também se pode agregar a possibilidade, existente em alguns ordenamentos, de declarar a inexistência de um ato jurídico (como ocorre em Portugal).

2.1. Significado da estrutura a ser tutelada: apresentação dos pressupostos deste trabalho

Poder-se-ia imaginar que ao Judiciário caberia apenas a aplicação das leis, cuja elaboração, por seu turno, confere-se apenas ao Legislativo:

Mais cette conception du rapport de la législation à l'exécution est inexacte. Ces deux fonctions ne s'opposent pas de façon absolue comme la création à l'application du droit, mais de façon purement relative. A y regarder de plus près, chacune d'elles se présente en effet comme un acte à la fois de création et d'application du droit. Législation et exécution sont, non pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du procès de création du droit, et deux étapes intermédiaires. Car ce procès ne se limite pas à la seule législation, mais, commençant dans la sphère de l'ordre juridique international supérieur à tous les ordres étatiques, se poursuit par la Constitution, pour aboutir enfin, à travers les étapes successives de la loi, du règlement, puis du jugement et de l'acte administratif, aux actes d'exécution matérielle (*Vollstreckungsakte*) de ces derniers. (KELSEN, 1928: 3)

Dessa maneira, compreende-se o ordenamento constituído por degraus. Em cada um deles ocorre tanto produção de Direito, em relação ao degrau inferior, como reprodução de Direito, em relação ao degrau anterior:

L'idée de régularité s'applique à chaque degré dans la mesure où il est application ou reproduction du droit. Car la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique. (...) ou encore de ces actes-ci d'exécution (*Vollziehungsakte*) aux normes générales légales ou réglementaires que l'on peut postuler la régularité et des garanties techniques propres à l'assurer, mais aussi dans les rapports du règlement à la loi et de la loi à la Constitution. Des garanties et de la légalité des règlements et de la constitutionnalité des lois sont donc aussi concevables que des garanties de la régularité des actes juridiques individuels. (KELSEN, 1928: 4-5)

Naquilo que interessa, a partir dessa teoria, para a presente pesquisa, tem-se que:

Garanties de la Constitution signifie donc: garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois (KELSEN, 1928: 5)

Esse posicionamento, contudo, deverá ser trabalhado para se estabelecer um campo mais abrangente de preocupação no que tange à garantia da Constituição:

Les garanties de la Constitution ne sont alors que des moyens contre les lois inconstitutionnelles; mais, dès que – par l'intermédiaire de l'idée de forme constitutionnelle – la notion de Constitution est étendue à d'autres objets qu'à la procédure législative et à la détermination de principe du contenu des lois, il devient possible que la Constitution se concrétise en des formes juridiques autres que les lois, en particulier en des règlements, ou même en des actes juridiques individuels. (KELSEN, 1928: 10-1)

3. A NECESSIDADE DA FUNÇÃO ESTRUTURANTE

Nenhum sistema jurídico pode sobreviver sem que haja, por algum órgão, a manutenção de sua estrutura. E essa atividade mantenedora tem sempre de efetivar-se, não consistindo em mera contemplação abstrata de excepcional utilização. Sobre o tema, reverberam as lições de CRISAFULLI (1984: 206-7):

Mas se as antinomias são possíveis (e pelo contrário, ao menos na evolução temporal do ordenamento, inevitáveis), é também verdadeiro de outra parte que devem ser compostas e resolvidas, a fim de que o ordenamento o seja verdadeiramente, como a palavra exprime: *ordem*, sistema regulador coerente e unitário, e não um acúmulo informado de normas entre elas contrastantes. Ao reconhecimento da possibilidade de antinomias, contrapõe-se, para isto, em sede dogmática, o postulado da unidade do sistema (antinomias existem, mas são vedadas). Unidade “formal”, antes de tudo, ou “dinâmico-formal” (Kelsen), no sentido que daquele faz parte integrante sobretudo normas postas sobre fatos e atos a isto autorizadas pelas normas (constitucionais) sobre produção jurídica; uma unidade também “material”, no sentido de que não devem poder coexistir validamente normas regulando um mesmo objeto em sentidos contrários.

A presença de atos atentatórios à Constituição, de ocorrência em diversos níveis (normativos e fático), é praticamente inafastável. Mais do que meramente “possíveis”, as antinomias e violações são praticamente insuperáveis. As normas e os comportamentos contrários à Constituição não afastam a supremacia desta, nem a vulneram, porque a Constituição permanece, durante todo o tempo, norma suprema e superior (cf. TAVARES, 2001: 264)

As ocorrências indesejáveis da contradição têm sua potencialidade elevada na medida em que as constituições passam a abarcar uma ampla gama de conteúdos, ou seja, como chegou a observar KELSEN (1928: 9-10) – contra sua própria e estrita definição de Constituição – quando as constituições deixaram de ser apenas uma norma de procedimento para ser também uma norma de fundo.

O risco de que se possa estar violando a Constituição mediante atos a ela contrários multiplica-se na proporção de seu tamanho. Seria até desnecessário dizer que quanto maior o catálogo de direitos constantes das constituições, maior se torna a probabilidade de que haja sua violação. Nas constituições denominadas analíticas (pelo extenso catálogo de direitos e de regras diversas que consignam), ao legislador

(e ao Governo em geral) resta uma área de atuação que, se é ainda ampla, nem por isso deixa de ser reduzida em relação às denominadas constituições sintéticas. Assim, ao processo (histórico) de alargamento dos textos constitucionais, pela inclusão de normas consagradoras de direitos e pelo superdimensionamento das regras que formalmente alcançam a natureza constitucional, pode-se afirmar que segue um processo de vulnerabilização dos textos que, por seu turno, demanda uma ampliação das fórmulas de garantia da integridade constitucional. É esse o contexto no qual se insere o denominado processo constitucional (cf. TAVARES, 2001: 265)

Evidentemente que há toda uma outra sorte de fatores que podem ser considerados decisivos para determinar o grau ou intensidade em que as violações ocorrerão. Contribuem, dentre outros, fatores como a cultura constitucional do país, a “veracidade” ou “realizabilidade” das normas constitucionais, a consciência democrática e a limitação dos “poderes”.

A dimensão estruturante da Justiça Constitucional é sempre imprescindível e inafastável e encontra-se diretamente relacionada à supremacia e rigidez do corpo constitucional. Portanto, para que persevere a correta constatação de COOLEY (1891: 32) no sentido de que uma “Constituição por si jamais expira perante pactos ou leis” é imprescindível que se promova referida atividade estruturante.

4. NATUREZA NORMATIVA DA FUNÇÃO ESTRUTURANTE E SEU STATUS CONSTITUCIONAL

Esse tipo de manutenção derivada do exercício da um função estruturante envolve, necessariamente, como efeito direito, uma natureza propriamente *normativa*, um *lawmaking process* (cf. TRIBE, 2000: 216), uma “confection avec un signe négatif” de lei (KELSEN, 1928: 28). Contudo, isso não esclarece a gradação dessa atividade normativa, que não se pode considerar propriamente *legislativa*³.

É preciso considerar duas ordens de fatores. (i) A eliminação de uma lei não é derivada da função interpretativa (apenas). (ii) Ao contrário da função legislativa (em sentido estrito, tipicamente atribuída aos corpos legislativos), a presente função apresenta *status* constitucional e resultado de patamar igualmente constitucional (tal como ocorre com a função interpretativa da Constituição, especialmente quando realizada por um Tribunal Constitucional).

A primeira observação é compreensível por si mesma. A eliminação de uma lei ou ato normativo, por incompatibilidade hierárquica com outra norma, envolve a interpretação de ambas, ou seja, a admissão de significados para efeito de serem comparados entre si. Mas isso é apenas um pressuposto, e torna a função interpretativa uma função instrumental da estruturante. Uma penetra na outra de maneira direta, mas não se devem confundir.

³ Função legislativa, no sentido aqui adotado, é “o desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral” (TAVARES, 2005: 322). É, em termos diversos, a produção de atos com *status* legal. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerceu uma tal função sob a égide da Constituição de 1967/69, na medida em que esta o autorizava a dispor, em seu Regimento Interno, sobre “o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição da relevância da questão federal” (art. 119, § 3º, c).

O argumento contrário, que admite a eliminação de uma lei como mero fruto da interpretação, adota uma concepção já superada, no sentido de que:

L'applicazione del diritto non comporta valutazioni politiche, ma si reduce alla fedele esecuzione di decisioni politiche altrui, oggettivamente accertate mediante interpretazione: como se i documenti normativi incorporassero un contenuto di significato univoco e ben determinato, suscettibile di puro e semplice "accertamento" scientifico. (GUASTINI, 1993: 317)

A segunda hipótese mencionada, de que o patamar da decisão a ser tomada deve ser constitucional (e não legal), exige uma explicação detida.

TOCQUEVILLE (1835: 82), preocupado em demonstrar como a atividade do Judiciário não pode desvincular-se de um caso concreto, observa:

Para que haja juiz, é preciso haver processo. Enquanto uma lei não der lugar a uma contestação, o poder judiciário não tem, pois, ocasião alguma de ocupar-se dela. A lei existe, mas ele não a vê. Quando um juiz, a propósito de um processo, ataca uma lei relativa a esse processo, amplia o círculo de suas atribuições, mas não se afasta dele, pois, lhe foi necessário, de certa maneira, julgar a lei para chegar a julgar o processo. Quando se pronuncia sobre uma lei, sem partir de um processo, sai completamente da sua esfera e penetra na do poder legislativo. (grafia atualizada)

Então, era comum retirar o Tribunal Constitucional do círculo do Judiciário para inseri-lo no *Legislativo*, caso se lhe permitisse atuar em abstrato, independentemente de um caso concreto. Essa conclusão servia de mote para pesadas críticas acerca da possibilidade de assim proceder um Tribunal. Tanto o receio de atribuir essa função ao Tribunal Constitucional está em boa medida superado como, de outra parte, como se pretende demonstrar, essa permissão funcional não significa inserir o Tribunal em campo próprio do legislador (parlamentar). Vai muito além dessa suposição inicial.

Nas ações diretas (modelo kelseniano) promotoras do controle concentrado-abstrato da constitucionalidade das leis o objetivo é, geralmente, de caráter anulatório de leis. Isso é, quanto ao Legislativo, decorrência direta de uma "limited Constitution", na acepção empregada por HAMILTON (1788: 491)⁴. Provoca-se, pois, por meio de referidas ações, a função estruturante do Tribunal Constitucional.

Desde a função histórico-original se tem atribuído aos Tribunais Constitucionais a pecha de *legisladores negativos*. Assim, boa parte da doutrina chegou a sustentar, naquele momento, que a função do Tribunal Constitucional não diferiria daquela desenvolvida pelo legislador (SCHMITT, 1931: 90; DELFINO, 1970: 21-9; KELSEN, 1928: 27-31; TOCQUEVILLE, 1835: 82).

⁴ Para o autor, "The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex-post-facto* laws, and like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts or justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing." (1788, nº 78, p. 491).

A eliminação de uma lei, é verdade, prescinde de uma força (*status*) constitucional do ato de eliminação. Basta ao próprio legislador editar normas posteriores revogando (explicitamente ou implicitamente) as leis anteriormente editadas. É o critério cronológico que se aplica na base da superação dessas antinomias, sendo todos os atos envolvidos de idêntica posição na hierarquia das normas.

Contudo, no caso em que as leis são eliminadas por serem incompatíveis com a Constituição (hierarquia) ou por invasão de competências próprias de outros órgãos ou entidades, essa eliminação está assentada em uma base exclusivamente constitucional⁵, no sentido de que o conflito entre fontes do Direito de estatura diferenciada é resolvido por um ato de estatura idêntica àquela do ato hierarquicamente superior violado. No caso da Justiça Constitucional, a norma violada, sendo a Constituição, é reposta em sua integridade normativa, contra a lei ou ato normativo violentador, por meio de uma decisão que se deve considerar da mesma estatura da norma constitucional, e não da norma legal ou infralegal violentadora.

Na teoria de KELSEN, o Tribunal Constitucional, por eliminar as leis, seria um órgão legislativo (negativo), o que implica atribuir à decisão do Tribunal Constitucional força legislativa (cf. GUASTINI, 1993: 318). Ao contrário do que sustentou KELSEN, ao desempenhar a função de eliminar as leis, não se arvora o Tribunal Constitucional em função propriamente legislativa (sentido estrito), mas sim em função tipicamente constitucional (estatura normativa máxima). Assim, se é certo que a eliminação de uma lei pode ocorrer por outra lei e, dessa forma, manter-se no patamar legal, não é isso o que ocorre no fenômeno de eliminação promovida pelo Tribunal Constitucional, no exercício do que se convencionou chamar, aqui, função estruturante.

A doutrina peca, nesse ponto, por considerar a possibilidade de que o legislador sobreponha-se à declaração do Tribunal Constitucional simplesmente reeditando ato de idêntica forma e conteúdo. Ocorre que, quando do exercício desta função estruturante, seria inadequado admitir que o legislador pudesse editar nova lei com o mesmo conteúdo daquela já eliminada por incompatibilidade com o sistema pelo Tribunal Constitucional. Isso torna esse Tribunal secundário, numa espécie de ataque aos sintomas da doença e não propriamente à enfermidade. Ataca-se o sintoma para que este logo em seguida volte (e, se acaso não voltar, isso será devido a circunstâncias alheias à atuação pretérita do Tribunal Constitucional, ou no máximo um ato de disposição do legislador). Isso é simplesmente inadmissível numa teoria da Justiça

⁵ Observa F. CALLEJÓN (1991, p. 161) a respeito da necessidade de resolver os conflitos entre normas: “Ya no es cualquier órgano de aplicación del derecho el encargado de resolver el conflicto, sino tan sólo órganos específicos (esencialmente jurisdiccionales, excepcionalmente administrativos) los habilitados para solucionar un conflicto que se produce entre diversas fuentes normativas (expresión, por tanto, de fuerzas productoras distintas).

“Cuando el conflicto se genera entre fuentes que tienen ámbitos materiales reservados a su competencia (...) el ordenamiento restringe aún más la capacidad de solución a determinados órganos, en este caso tan sólo a órganos jurisdiccionales. (...)”

“Un efecto peculiar del conflicto normativo, al que no se suele aludir generalmente, puede ser el de producción de nuevo Derecho como consecuencia de la intervención de los órganos que resuelven el conflicto. Ello ocurre cada vez que los órganos de aplicación y control determinan la solución del conflicto mediante decisiones que tienen eficacia *erga omnes*.”

Constitucional que pretenda sugerir uma instituição consistente com seus pressupostos e objetivos. Como decorrência direta de não se tratar de decisão de patamar legal, não se vislumbra no Tribunal Constitucional mero legislador negativo.

Se o regime é diverso do regime de simples “revogação legal”, não se pode, portanto, pretender reduzi-lo ou incorporá-lo a essa situação. Mas essa advertência seria facilmente objetável no sentido de que ela não conduz, necessariamente, à elevação da decisão do Tribunal à categoria constitucional. De fato, é necessário conjugar a constatação de que se trata de um regime diverso com as implicações do que seria esse regime para concluir pela inclusão dessa categoria funcional entre os atos de estatura normativa máxima.

Ademais, é preciso, ainda, enfrentar outra objeção. Há uma parcela da doutrina que não vislumbra nos Tribunais Constitucionais a função de “legislador” nem a de supralegislador. Os tribunais apenas declararíamos, consoante essa tese, a nulidade de uma lei, não sua derrogação, significando isso a aplicação de uma lei superior, não uma função legislativa (cf. GORDO, 1983: 41; GUASTINI, 1993: 316-8). Tratar-se-ia, aqui, pois, de uma função tipicamente jurisdicional (de aplicação das leis) e a decisão do Tribunal Constitucional teria *status* simplesmente *jurisdicional* (não legal, tampouco constitucional). Essa tese, contudo, apesar de aparentemente incompatível com a anterior, não o é. Ela nada diz sobre a posição das decisões assim tomadas na hierarquia das fontes normativas; apenas considera que a natureza é jurisdicional (e descarta a acusação e um ativismo judicial ou jurisdicional, no sentido político). No estágio atual, isso não significa admitir nem patamar legal, nem supralegal, nem infralegal. Portanto, a objeção não só esvai-se como também pode ser incorporada como complementar à tese aqui adotada. Ainda que um ato tipicamente jurisdicional, sua hierarquia é constitucional.

Também não impressiona o argumento daqueles que aduzem que, se se tratasse de atividade legislativa, deveria ter o Tribunal Constitucional o poder de revogar suas decisões de acordo com sua conveniência, como sustenta ASCENSÃO (1987: 229). É certo que isso não ocorre porque representaria a transformação de um tribunal que realiza o “fechamento” jurídico do sistema em entidade meramente política, o que não é desejável e, pois, deve ficar excluído da racionalidade do sistema.

Reconhecendo-a como função jurisdicional, há, ainda, quem pretenda distingui-la das demais, considerando-a função suprajurisdicional (cf. GORDO, 1983: 42). Nessa hipótese confirma-se a tese do nível constitucional desse tipo de decisão.

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de um ato normativo, quando proclamada pelo Tribunal Constitucional, não apenas equivalem (de imediato) aos efeitos de um legislador negativo (derrogação) mas também alcançariam o legislador do futuro, impedindo-o de atuar no sentido de apresentar lei de idêntico conteúdo ao daquela anteriormente anulada (TAVARES, 1998: 120). Para F. CALLEJÓN (1991: 133, nº 157):

... una ley derogada por el Parlamento puede adquirir vigencia de nuevo mediante un nuevo acto del Parlamento. Pero una ley declarada inconstitucional y anulada no puede ser incorporada legítimamente de nuevo al ordenamiento por el Parlamento.

Há, pois, nessa tese, uma substantiva distinção entre (i) anulação pelo Parlamento e (ii) anulação pelo Tribunal Constitucional, quando tais anulações se refiram a uma lei, com base em sua inconstitucionalidade.

Essa postura pretende extrair todas as consequências de uma posição mais racionalizadora: se já houve a declaração de inconstitucionalidade, não se poderia admitir nova edição pelo Parlamento de lei com idêntico conteúdo. Promove-se a segurança jurídica e a racionalidade do sistema de fontes. Aproxima-se, pois, essa tese da corrente doutrinária que considera que os Tribunais Constitucionais representam um superlegislativo, um órgão acima do próprio legislador. BRANDEIS (*apud* ENTERRÍA, 1983, p. 170) em seus votos, em 1924, afirmou que o Tribunal se convertera em uma espécie de “superlegislatura”. CAPPELLETTI (1993: 93, nº 196), dentre outros, posiciona-se contrariamente a essa ideia.

A segurança que se obtém, contudo, pode inviabilizar, em parte, a função evolutiva (adaptativa) do Tribunal Constitucional relativamente às normas constitucionais. Para que isso não ocorra é necessária a criação de um mecanismo, a ser manejado pelo próprio Legislativo, para que o Tribunal reaprecie a posição assumida anteriormente (promovendo nova interpretação de norma constitucional que possibilite o ressurgimento de normativa legal que, à luz da interpretação anterior da norma constitucional, seria com esta incompatível).

Ainda que se pretendesse admitir como norma apenas aquele enunciado dotado de uma determinada *sanção*, nem por isso as decisões dos Tribunais Constitucionais teriam seu ingresso nessa categoria sumariamente rejeitado, já que ainda resta considerar essa nulidade dela derivada (ou nela declarada ou constituída) como espécie de sanção específica⁶.

4.1. Status constitucional ou supralegal da modulação temporal dos efeitos da decisão

4.1.1. Retroatividade

Os poderes do Tribunal Constitucional são de “destruição maciça” (ANDRADE, 1995: 79) por permitirem a eliminação retroativa do ato normativo, ou de seus efeitos. Essa é a doutrina tradicionalmente aceita (cf. ALMEIDA, 1988: 883; FERREIRA FILHO, 2002: 39; REALE, 1981: 55; TRIBE, 2000: 216), desenvolvida e adotada pela Corte Suprema norte-americana, como acentuou o *Justice* HOLMES em um de seus julgados, em 1910, ao anotar que a regra da operatividade retroativa tem norteado as decisões do Tribunal “for near a thousand years” (*apud* TRIBE, 2000: 217).

Esse tipo de atuação não é, contudo, reconhecido ao legislador, que, comumente, tem de respeitar as situações pretéritas, não podendo legislar para o passado. Trata-se de reconhecer a natureza constitutiva (e não meramente declaratória) desse ato. A invalidade pode ser meramente declarada, mas sua ineficácia (como consequência) há de ser constituída pela decisão (GUASTINI, 1993: 316).

⁶ Para esse mesmo sentido parece caminhar F. CALLEJÓN (1991, p. 114) quando afirma que: “el concepto de sanción tampoco debe identificarse necesariamente con la posibilidad de realización coactiva de la norma sobre los sujetos que la incumplen, ya que la sanción puede también producirse mediante la garantía inmediata que supone la nulidad de aquellas normas o actos que sean contrarios al ordenamiento.”

4.1.2. Eficácia prospectiva

O abandono da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional encontra fundamento na necessidade de preservar o Direito contra a descontinuidade, devendo-se buscar um equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e a insegurança jurídica (ZAGREBELSKY, 1988: 307).

Quando o Tribunal Constitucional for dotado da possibilidade de anular uma lei com eficácia prospectiva e *diferida* (a partir de uma data futura), essa atividade deverá ser analisada, quanto a sua natureza, em separado dos casos em que a anulação é retrospectiva ou *meramente* prospectiva. É que, naquelas circunstâncias, continuará prevalecendo, por determinado período, a legislação, mesmo após sua declaração de inconstitucionalidade. Contudo, isso ocorre apenas em virtude da ponderação realizada pelo Tribunal Constitucional, que, nesses termos, para muitos autores, como ASCENSÃO (1987: 226), aproxima-se de uma atividade meramente legislativa, por basear-se em critérios de conveniência e oportunidade do Tribunal Constitucional.

É o sistema admitido na Constituição portuguesa, ao prescrever em seu art. 282 (conforme revisão de 1982):

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n^{os} 1 e 2.

Idêntica orientação foi adotada no Brasil por meio da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ademais, não se admitirá que o legislador possa, nesses casos, legislar nesse período no mesmo sentido da lei anteriormente declarada inconstitucional (mas ainda em vigor), mesmo que temporariamente (circunscrita temporalmente ao período de tolerância estabelecido pelo Tribunal Constitucional). É que a tolerância vale apenas para a lei já promulgada e seria inócua a legislação substitutiva. Quanto à possibilidade de leis futuras, valem as conclusões anteriores, de racionalização do sistema.

A presente categoria de atividade com natureza legislativa insere-se como possível decorrência do exercício de um controle positivo de inconstitucionalidade das leis.

A mera possibilidade, reconhecida ao Tribunal Constitucional, de modular (dosar) a eficácia temporal de suas decisões (de reconhecimento da inconstitucionalidade) significa a possibilidade de atuação tipicamente legislativa. A faculdade conferida ao Tribunal de restringir os efeitos da decisão, ao poder se basear em considerações de

interesse público, transmuda-se em função de caráter acentuadamente político (ANDRADE, 1995: 79), com o que se revela, novamente, uma conotação legislativa.

A eficácia (força) prospectiva permite resolver relações jurídicas de maneira abstrata, tal como o legislador, porque inova a ordem jurídica em relação ao regime anterior, que permanece em seus efeitos já produzidos. Para ENTERRÍA (1983: 181), essa jurisprudência com força apenas prospectiva:

[...] pone al Tribunal Constitucional casi en el papel del legislador, que innova el Derecho pro futuro.

[... insere o Tribunal Constitucional quase no papel de legislador, que inova o Direito para o futuro.]

Isso significou, na doutrina constitucional, verdadeiro rompimento com o dogma da nulidade da lei e retroatividade dos efeitos dessa declaração, tese tradicionalmente aceita (CAPPELLETTI, 1971: 90). A esse respeito, cita-se o caso em Direito criminal de *Linkletter versus Walker*, de 1965, pelo qual na própria Suprema Corte norte-americana se passou a afastar esse dogma:

[...] the Court developed a doctrine under which it could deny retroactive effect to a newly announced rule of criminal law. The Court announced that “the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect” and quoted Justice Cardozo for the proposition that “the federal constitution has no voice upon the subject”. The Court essentially treated the question of retroactivity in criminal cases as purely a matter of policy, to be decided anew in each case. (TRIBE, 2000: 218-9)

Essa possibilidade atribuída ao Tribunal Constitucional de, discricionariamente, dispor que a anulação de uma lei surta efeitos apenas a partir de uma data posterior à da decisão fora reconhecida no próprio modelo austríaco originário (cf. KELSEN, 1942: 305; ZAMUDIO, 1982: 167). A decisão surtia efeitos desde a data de sua publicação, salvo se a Corte estabelecesse um adiamento de, no máximo, um ano (art. 140-3). Esse tipo de adiamento permitiria ao Legislador editar uma lei adequada constitucionalmente e evitar a lacuna e eventuais efeitos indesejáveis dela decorrentes.

Era a doutrina exposta pelo próprio KELSEN, que fez consignar sua tese de que só o modelo de efeitos *ex nunc* atenderia aos objetivos de segurança jurídica:

Quant à sa portée dans le temps, l’annulation peut se limiter à l’avenir ou au contraire s’étendre également au passé, c’est-à-dire avoir lieu avec ou sans effet rétroactif. Cette différence n’a naturellement de sens que pour les actes qui ont des conséquences juridiques durables; elle intéresse donc avant tout l’annulation des normes générales. L’idéal de la sécurité juridique exige qu’on n’attribue en général d’effet à l’annulation d’une norme générale irrégulière que *pro futuro*, c’est-à-dire à dater de l’annulation. Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l’annulation entrer en vigueur qu’à l’expiration d’un certain délai. De même qu’il peut y avoir des raisons valables de faire précéder l’entrée en vigueur d’une norme générale – loi ou règlement par exemple –

d'une *vacatio legis*, de même il pourrait y en avoir qui porteraient à ne faire sortir de vigueur une norme générale annulée qu'à l'expiration d'un certain délai après le jugement d'annulation. Cependant, certaines circonstances peuvent rendre une annulation rétroactive nécessaire. Il ne faut pas songer seulement au cas-limite précédemment considéré d'une rétroactivité illimitée où l'annulation de l'acte équivaut à sa nullité, lorsque l'acte irrégulier doit, d'après l'appréciation souveraine de l'autorité compétente pour l'annuler ou en vertu de l'exigence par le droit positif d'un minimum de conditions pour sa validité, être reconnu comme étant purement et simplement un pseudo-acte juridique; il faut envisager avant tout un effet rétroactif exceptionnel, limité à certaines espèces ou à une certaine catégorie de cas. (KELSEN, 1928: 22-3).

Mas havia outro motivo, igualmente exposto em KELSEN (1942: 305), para a anulação meramente *ex nunc* das leis. É que também o legislador está autorizado a interpretar as leis, e, assim, essa sua interpretação deve ser respeitada até que sobrevenha uma decisão contrária (do Tribunal Constitucional). Portanto, na doutrina kelseniana fica bem exposta a sobreposição de uma decisão à outra, demonstrando o caráter supralegal das decisões adotadas pelo Tribunal Constitucional, por força da supremacia da Constituição e daquele órgão que tenha a atribuição de interpretá-la em caráter definitivo.

A Suprema Corte norte-americana reuniu seus critérios para a atribuição de eficácia futura no caso *Stovall versus Denno*, em 1967, consignando:

The criteria guiding resolution of the question implicate (a) the purpose to be served by the new standards, (b) the extent of the reliance by law enforcement authorities on the old standards, and (c) the effect on the administration of justice of a retroactive application of the new standards. (*apud* TRIBE, 2000: 219)

Em tais hipóteses é facilmente constatável que se trata de atividade de cunho nitidamente legislativo, porque atua com apreciações discricionárias de oportunidade e conveniência, com o estabelecimento de um “novo” regramento apenas para o futuro, vigorando a partir da data da decisão que assim se pronunciar.

Ressalve-se o caso em que à decisão é atribuído alcance retrospectivo. Em tais circunstâncias, a decisão do Tribunal Constitucional extrapola os limites de mera função legisaltiva, e se insere no contexto propriamente constitucional, como apreciado anteriormente. Ao legislador não é dado retroagir sua normatização.

A crítica mais severa que se pode formular à eficácia meramente prospectiva, portanto, é a de que permite a sobrevivência, por determinado período (independentemente de sua duração longa ou reduzida) de uma lei nitidamente inconstitucional. Baseada nas lições de SCHMITT (1931) SOTO (1995: 352-5) observa que uma determinada praxe do Tribunal Constitucional pode alterar a própria natureza da Constituição:

El peligro de las nuevas técnicas que modulan la eficacia en el tiempo de las sentencias es que relativizan el carácter normativo y jerárquico de la Constitución, en la medida en que en muchos casos se deja en suspenso su rigidez permitiendo que opere “temporalmente” una ley inconstitucional. (SOTO, 1995: 355)

Na medida em que se conceba a eficácia prospectiva como poder para suspender temporalmente a eficácia do princípio da supremacia constitucional, evidentemente que a atividade não se pode considerar meramente legislativa. Se a permissão encontra-se constitucionalmente explicitada, haveria de se questionar acerca da própria rigidez da Constituição, por franquear que o Tribunal Constitucional a altere, em seus comandos, ainda que essa alteração seja restrita no tempo. Se não há permissão constitucional explícita, pode-se entender que, salvo proibição expressa, cumpre ao Tribunal Constitucional avaliar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade. Esse poder acaba por fazer do Tribunal mais do que curador, um verdadeiro “senhor” da Constituição.

4.2. A restauração de norma anterior àquela declarada inconstitucional

A anulação de uma lei com base na inconstitucionalidade opera um vazio normativo. Esse vazio pode ser evitado com a restauração do vigor da lei anterior à lei anulada, em situações específicas.

Com essa preocupação foi construído o modelo austríaco (cf. KELSEN, 1942: 318), que previa expressamente, consoante o art. 140, § 3º, na redação dada pela Lei Constitucional Federal de 1929:

Cuando una ley o una parte de la ley es anulada como inconstitucional por una sentencia del Tribunal de Justicia constitucional, las disposiciones legislativas que habían sido abrogadas por la ley cuya inconstitucionalidad declaró el Tribunal de Justicia constitucional, entran en vigor el día en que la anulación produce efecto, a menos que la sentencia no disponga otra cosa.

El acta que publica la anulación de la ley debe indicar qué disposiciones legislativas entran en vigor.

A restauração de lei anteriormente revogada por lei no presente declarada inconstitucional era automática, salvo se a decisão do Tribunal Constitucional dispusesse em sentido contrário.

Evidentemente que a restauração da lei anterior era determinada, nessas circunstâncias, pela vontade expressa da Constituição. Essa é, aliás, uma condição que deve ser sempre respeitada (KELSEN, 1942: 317-8).

Apesar de se tratar de uma vontade constitucional, ela não interferirá na discricionariedade do legislador, que poderá modificar essa legislação (apenas não deverá interferir para restaurar os termos de lei já reconhecida inconstitucional). Portanto, nesses casos, essa parte da decisão assim proferida, apesar do caráter e preocupação estruturantes, terá inexoravelmente *status* de lei. KELSEN (1942: 318) sustenta, inclusive, que se trata de reconhecer, nessas circunstâncias, um “legislador positivo”. Contudo, tendo em vista os limites dessa atividade (no máximo opera a restauração dos termos de lei anteriormente aprovada pelo Parlamento), não se denominará essa atuação como legislativa (no sentido estrito adotado nesta pesquisa), mas apenas como estruturante, porque preocupada com a composição adequada e satisfatória do ordenamento jurídico.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Luis Nunes de. El tribunal constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones. *Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca*, Madrid, n. 60-61, p. 859-889, abr./set. 1988.
- ANDRADE, J. C. Vieira de. *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*. 1995. VER: COLÓQUIO NO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do direito. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 16, nº 1/2, p. 215-229, dez. 1987.
- CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (coord.). *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbera, 1950. v. II. 527 p. Bibliografia: p. 431-464 (Michele Petrucci).
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Fuentes del derecho: I. principios del ordenamiento Constitucional*. Prólogo: Juan J. Ruiz-Rico. [1. ed.]. Madrid: Tecnos, 1991. 183 p. ISBN 84-309-2056-0.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1971. 117 p.
- _____. *Juízes legisladores?*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de: Giudici legislatori? (Estudo dedicado à memória de Tullio Ascarelli e Alessandro Pekelis).
- COLÓQUIO NO 10º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 1993, Lisboa. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Bibliografia: 75-84 (Andrade)
- COOLEY, Thomas M. *General principles of constitutional law: in the United States of America*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1891. Reimpr. 1998 by Weisman Publications. ISBN 0-9668921-0-0.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale: L'ordinamento costituzionale italiano: La corte costituzionale*. 5. ed. rev. e atual. Padova: Cedam, 1984. V. II. t. 2. 480 p.
- DELFINO, Felice. *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi: natura ed effetti*. Napoli: Eugenio Jovene, 1970. 230 p. (Pubblicazioni della facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, CXX).
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983; reimpressão de 1994. 264 p. 1. ed.: 1981. ISBN 84-7398-203-7.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 367 p. ISBN 85-02-03795-1.
- GORDO, Alfonso Pérez. *El tribunal constitucional y sus funciones* [1. ed.]. Barcelona: Bosch, 1983. 190 p. ISBN 84-7162-879-1.
- GUASTINI, Ricardo. *Le Fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993. 504 p. (Trattato di Diritto Privato, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti). ISBN 88-14-04114-8.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist: The famous papers on the principles of american government*. New York: Barnes & Noble, 1996. 572 p. ISBN 0-76070-225-X. Original: 1788.
- KELSEN, Hans. La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle). *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. 61 p. abr./ maio/ jun. 1928. Extrato.

- _____. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319 p. (Coleção Justiça e Direito). ISBN 85-336-1473-X. Tradução de: La garantie jurisdictionnelle de la Constitution [debate no Instituto Internacional de Direito Público], 1928b; Judicial review of legislation. A comparative study of the australian and american constitution, 1942.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997. 252 p. ISBN 84-309-2969-X.
- PETRUCCI, Michele. La corte costituzionale. 1950. Ver: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro.
- REALE, Miguel. *Questões de direito* [1. ed.]. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. 391 p.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998. 251 p. ISBN 84-309-3127-9. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política).
- SOTO, Maria del Carmen Blasco. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1995. 390 p. ISBN 84-7698-322-0.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998. 165 p.
- _____. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. 483 p. ISBN 85-02-03313-1.
- _____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. 633 p. ISBN 85-02-04992-5.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução: Neil Ribeiro da Silva. Posfácio: Antonio Paim. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: ed. da Universidade de São Paulo, 1987. 597 p. (Biblioteca de Cultura Humanista, 4). Tradução de: De la démocratie en Amérique, 1835: livro I; 1940: livro II.
- TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: The Foundation, 2000. V. I. 1.470 p. ISBN 1-56662-714-1.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale* [S. l.]: Il Mulino, 1988. 532 p. 1. ed.: 1977. ISBN 88-15-01769-0.
- ZAMUDIO, Héctor Fix. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* [1. ed.]. Madrid: Civitas; México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. 365 p. (Estudios Comparativos, n. 21). ISBN 84-7398-198-7.
- _____. *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*. México: Porrúa/Univ. Nacional Autónoma de México, 2005. ISBN 970-07-5809-5.