

Andrei Koerner

Universidade Estadual de  
Campinas/ GPD-Ceipoc

andreik@uol.com.br

# Os tempos no processo judicial na instauração da ordem constitucional brasileira de 1988: uma análise da ADI nº2<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 2, que não admitiu o exame da constitucionalidade de normas anteriores à Constituição de 1988 em controle concentrado. A análise situa a decisão no contexto das decisões do Tribunal sobre o tema e detalha os argumentos dos ministros e as implicações jurídicas e políticas da decisão. A decisão proporciona algumas reflexões metodológicas sobre a utilização de processos judiciais como fonte para a pesquisa histórica e política.

## 1. Introdução

O presente artigo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2, da promulgação da Constituição de 1988 à decisão de arquivamento da ação em 1992. Nesta decisão, o STF decidiu que não cabia examinar em ADI a validade de normas editadas sob a vigência de Constituições anteriores. Se essas normas fossem incompatíveis com a nova Constituição, os juízes examinariam a sua revogação no curso dos processos comuns.

Os pontos mais relevantes da questão são o da construção da nova ordem constitucional democrática e o que fazer com as normas legadas pelo autoritarismo. Porém, o caráter autoritário do regime pós-64 foi posto apenas incidentalmente e o que se colocou em primeiro plano foi a mudança na ordem jurídica. Debateram-se as relações entre mudança da ordem constitucional e continuidade da jurisprudência e da doutrina, as características do controle da constitucionalidade e a missão constitucional do STF e, mais amplamente, as consequências políticas e sociais da solução adotada.

O caso é relevante para uma reflexão metodológica sobre a pesquisa

---

1 O presente artigo apresenta os resultados das pesquisas *Pensamento Jurídico, Decisão Judicial e Processo Político: uma análise política do controle da constitucionalidade nos anos noventa*, coordenada por Andrei Koerner, realizada no Ceipoc/IFCH/Unicamp, com financiamento da Fapesp, CNPq e Faepe/Unicamp e *Em Busca do Processo Constituinte*, coordenada por Cícero Araújo e Antônio Sérgio Carvalho Rocha, realizada no Cedec, com financiamento do CNPq. Agradeço a Celly Cook Inatomi, Marcia Baratto, Lígia Barros de Freitas, Carlos Eduardo Giungi Galvão e Ana Paula Brito Prata pelo apoio no levantamento de dados.

em processos e decisões judiciais, em que se combinem diversas dimensões ou variáveis: a análise dos conceitos e argumentos jurídicos, as condições institucionais do Tribunal, o perfil e trajetória dos juízes, o contexto e os impactos políticos da decisão. O caso é privilegiado, ainda, pelo fato de tratar do exame das normas no tempo e colocar a reflexão sobre a continuidade da tradição jurídica. Assim, podem-se ensaiar algumas análises e reflexões em torno das relações sobre as temporalidades política e jurídica da ordem constitucional.

## **2. Desenvolvimento**

### **A questão da inconstitucionalidade superveniente no STF**

A inconstitucionalidade superveniente é o nome dado para a possibilidade de uma norma editada na vigência de uma Constituição ser declarada inválida face a uma Constituição que entrou em vigor posteriormente. O problema é a definição do que ocorre se norma inferior, válida e vigente sob dada Constituição, vier a ser incompatível com norma de uma Constituição que venha a vigorar posteriormente. Quando se trata da sucessão de duas normas de mesma hierarquia no tempo, a incompatibilidade significaria a revogação da mais antiga pela mais nova. Quando se trata de duas normas de hierarquia diferente, a incompatibilidade entre duas normas significa a invalidade da norma inferior face à superior e, se esta for norma constitucional, chama-se "inconstitucionalidade".

Se a incompatibilidade se der entre duas normas de hierarquia diferente em que a superior é mais nova do que a inferior, coloca-se o problema de se tratar de revogação ou invalidade. A questão constitucional é: a entrada em vigor de uma nova Constituição combina as duas sucessões, a temporal e a hierárquica? E qual conceito deveria prevalecer: revogação ou inconstitucionalidade? A questão poderia ser examinada em ADI, definida como uma ação especificamente voltada para o exame da validade de normas face à Constituição? Em ADI examina-se a constitucionalidade de normas promulgadas sob a Constituição vigente ou também as normas anteriores? O que fazer com a tradição jurisprudencial e doutrinária recebida? Quais as consequências sociais e políticas das decisões?

No julgamento da ADI nº 2, o STF entendeu, por maioria, que não ocorria inconstitucionalidade superveniente, mas revogação das leis anteriores à nova Constituição, e que a ação direta não era cabível para o controle da constitucionalidade daquelas leis. A ementa era categórica:

Ementa: constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade.

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

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido” (Emenda da ADI nº 2 QO-FI, rel. Paulo Brossard, dec. de 6/2/92)<sup>2</sup>.

Logo depois da promulgação da Constituição de 1988, o problema do cabimento da inconstitucionalidade superveniente para normas anteriores a ela não foi suscitado como questão de ordem nas ADIs. Os pedidos de medidas liminares eram julgados em termos dos requisitos para a sua concessão. Isso aconteceu no julgamento da liminar da ADI nº 2 (dec. MC de 20/10/88) e noutras (ADI nº 9, dec. MC de 04/05/89; ADI nº 35, dec. MC de 12/4/89).

A questão da inconstitucionalidade superveniente não era nova e já havia sido debatida desde o Estado Novo<sup>3</sup>. No regime militar, em decisões de representação de inconstitucionalidade federal, o STF comparava e julgava os dispositivos contestados tanto com a Constituição em vigor quanto com a Constituição anterior, sob a qual haviam sido editados.

As teses colocadas por Moreira Alves na ADI nº 1016, julgada em 20/09/79, foram acolhidas pela quase unanimidade dos ministros do STF. As implicações políticas do exame ulterior da inconstitucionalidade dos atos praticados durante o regime militar foram colocadas por Raphael Mayer no julgamento da Rp. nº 1303, em 1º de julho de 1986<sup>4</sup>. Ele alertava seus colegas para os riscos de uma revisão dos atos do regime se a futura ordem constitucional não acolhesse a figura do decreto-lei.

*É preciso distinguir a incompatibilidade e a inconstitucionalidade... Se fossemos julgar inconstitucionais leis pretéritas, que entrem em choque com a nova Constituição, iríamos por caminhos com consequências imprevisíveis; porque, amanhã, se a Constituição não previr a atribuição de edição de decreto-lei pelo Presidente da República, nós poderemos considerar inconstitucionais esses decretos-leis emitidos com base em Constituição ou atos revolucionários que os autorizavam? ...Todos esses aspectos estão bem resguardados pela jurisprudência da Corte.*

*(Rp. nº 1303, dec. de 1º/7/86, voto de Raphael Mayer)*

Com a promulgação da Constituição de 1988, o STF tomou medidas para se adaptar a ela. Uma das questões era o andamento dos processos que envolviam o controle da constitucionalidade das leis face à Constituição revogada. As decisões seriam distintas nos processos de controle incidental ou direto. Para

2 Adotam-se as seguintes abreviações QO-FI – decisão final de arquivamento, em virtude de questão de ordem sobre a prejudicialidade da ação; MC – decisão em medida cautelar, ou liminar.

Todas as informações sobre o andamento dos processos e o texto das decisões foram pesquisadas na página “Acompanhamento Processual” do site do STF. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1480183>

3 Uma questão a ser explorada é o ponto não discutido pelos ministros sobre a efetiva continuidade da jurisprudência do STF de não aceitação da inconstitucionalidade superveniente.

4 Naquele momento já eram ministros do STF e se posicionavam contra a tese da inconstitucionalidade superveniente Francisco Rezek, Sidney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja, além do próprio Moreira Alves. Também já eram ministros, mas não estavam presentes à sessão, Aldir Passarinho, Oscar Corrêa e Djaci Falcão.

os primeiros, as partes deveriam se manifestar sobre os efeitos que a mudança da norma constitucional provocava em suas posições processuais. Para o controle direto, a mudança tinha implicações mais relevantes, uma vez que, com a revogação da Constituição anterior, desaparecia a norma de referência que servia como fundamento jurídico do pedido. Essa questão não foi tratada pela Constituição de 1988 e, então, o STF deveria se decidir se as Representações de Inconstitucionalidade seriam 'convertidas' em ADIns, ou seriam consideradas prejudicadas, e o que fariam com as decisões provisórias (liminares) tomadas no curso daquelas ações.

Em 12/10/88, o STF acolheu por unanimidade questão de ordem suscitada por Djaci Falcão e julgou prejudicadas as Rp. nº 1617, 1638, 1666 e outras das quais o ministro era o Relator (ver Rp. 1617, dec. QO-FI unânime de 12/10/88, rel. Djaci Falcão). Em sessão de 19/10/88, o STF decidiu julgar prejudicadas todas as Representações em andamento e cassar as liminares concedidas<sup>5</sup>. Decidiu também, com voto vencido de Aldir Passarinho, que não seriam abertas vistas ao Procurador-Geral, cujo titular era Sepúlveda Pertence, apesar dos seus protestos expressos na sessão. A decisão significava uma limitação do alcance do art. 103, § 1º da Constituição, que previa a manifestação do Procurador-Geral nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos da competência do STF (ver Rp. nº 1610, dec. QO-FI de 19/10/88, rel. Moreira Alves).

As decisões produziram efeito paradoxal, pois normas do regime anterior que tiveram seu efeito suspenso pelo STF voltaram a ser aplicáveis. Os afetados deveriam buscar novos remédios jurídicos para a situação assim criada e alguns deles ingressaram com ADIs contra normas anteriores à Constituição de 1988.

Sob a Constituição de 1988, dois aspectos importam desde já. A Constituição não determinou como seriam examinadas as normas anteriores a ela, o que deixou o problema em aberto para o STF decidir. A ação de controle concentrado não tinha regras processuais definidas por lei, e o Tribunal adotava regras de procedimentos definidas por normas e por sua própria jurisprudência passada, cuja continuidade ele próprio deveria decidir. Assim, o STF decidia sobre as regras relativas aos seus próprios procedimentos, sem ter como referência uma lei adotada pelo Congresso<sup>6</sup>.

O julgamento sobre a inconstitucionalidade superveniente após 1988 começou nas ADIs nº 2 e 7, que foram logo suspensas. Porém, enquanto essas estiveram suspensas, os ministros debateram o assunto em outras ações, quando já se contrapunham argumentos que estarão presentes na decisão da ADI nº 2<sup>7</sup>.

## **A ADI nº 2**

A ADI nº 2 foi proposta pela FENEN (Federação Nacional de Estabelecimento de Ensino) – entidade sindical de âmbito nacional – contra decreto-lei e decreto federal de abril de 1969 e de abril de 1988, que atribuíram aos Conselhos Estaduais de Educação competência para fixar e reajustar os preços dos serviços educacionais (mensalidades, taxas e contribuições), pagar aos estabelecimentos privados de ensino, e dispor sobre critérios, fórmulas, índices e tetos para a fixação desses preços. A ação suscitava como questão substantiva as relações entre o direito à educação (o papel e controles sobre as entidades privadas) e os poderes do Estado de regulamentar contratos privados em serviços públicos. Outros temas seriam de caráter processual: a legitimidade de uma federação (e não confederação) sindical nacional atuar em ADI e

<sup>5</sup> Segundo os levantamentos, foram arquivadas cinquenta Representações por esse motivo.

<sup>6</sup> A situação durou onze anos, pois só em 1999 foram promulgadas leis federais (nº 9868 e 9882) sobre o assunto. No regime militar, havia regras estabelecidas no regimento interno do STF e no código de processo civil. O STF recebeu competência para fixar regras sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência, mas a Constituição de 1988 não manteve essa competência.

<sup>7</sup> Ver Adin nº 35, dec. MC de 12/4/89, rel. Djaci Falcão, e Adin nº 75, dec. QO-FI de 1º/4/92, relator, Célio Borja, debate nas sessões de 18/8 e 12/10/89).

a possibilidade de o autor dispor de uma ação de controle de normas.

A questão da inconstitucionalidade superveniente começou a ser julgada em 14/9/89, quando o relator, Paulo Brossard, proferiu o seu voto, mas o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista de Celso de Mello. A decisão final da ADI nº 2 ocorreu em 6/2/92, três anos e meio depois de a Constituição de 1988 entrar em vigor, em conjunto com as ADIs nºs 3 e 7<sup>8</sup>, encerradas no dia 07/02/92. Formaram a maioria: Paulo Brossard, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sidney Sanches e Moreira Alves. Foram vencidos Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Os ministros Célso Borja e Aldir Passarinho, favoráveis à inconstitucionalidade superveniente, já haviam deixado o tribunal.

A decisão contra a tese da inconstitucionalidade superveniente teve como consequência o arquivamento de diversas ADIs, cujo julgamento estava suspenso<sup>9</sup>. Com elas, o STF deixava de se manifestar em controle concentrado sobre todas as controvérsias constitucionais acerca da legislação anterior, mesmo que produzissem efeitos na nova ordem. Era reforçado o papel dos juízes individuais no controle da constitucionalidade das leis, que seria realizado de forma dispersa e diferida ao longo do tempo.

### **Os argumentos dos ministros na ADI nº 2**

A discussão tem como foco central o problema de como definir as relações entre normas incompatíveis segundo dois critérios distintos – a sucessão no tempo e a hierarquia. O problema do critério tem implicações para a ação e o exame da incompatibilidade (1). Há problemas institucionais referentes ao sistema de controle de constitucionalidade, em particular a missão do STF (2). Numa situação de mudança, reflete-se sobre a tradição jurídica, se a sua continuidade deve ter como referência o passado ou a construção da nova ordem (3). Enfim, discutem-se as consequências sociais e políticas mais amplas da decisão (4).

#### ***1.- Efeitos da sucessão de ordens constitucionais para a legislação infraconstitucional***

O debate coloca o problema de saber se a sucessão de normas implicaria a revogação da anterior, por incompatibilidade com a nova; ou a nulidade, por invalidade da norma. Há também o problema de como seria realizado o exame da incompatibilidade.

#### Sucessão de normas e características da revogação

O relator, Paulo Brossard, afirma que a questão seria de revogação de norma não recebida pela Constituição, por motivo de incompatibilidade. A revogação coloca-se como a questão no plano da vigência da norma e não da validade. A sucessão de Constituições é acompanhada pelo princípio da recepção, de continuidade do ordenamento jurídico infraconstitucional, e a questão é de direito intertemporal. Quando se trata de duas normas sucessivas, em que a segunda é de hierarquia igual ou superior à primeira – e elas são incompatíveis – a mais recente implica a revogação; ou seja, a cessação da vigência da primeira. É indiferente que a mais nova seja norma constitucional. Se lei anterior for incompatível com Constituição posterior, a questão será de revogação, e não de inconstitucionalidade, que se refere a um problema de validade.

Celso de Mello concorda com o relator. A questão é de direito intertemporal, presidida pelo princípio

8 A Adin nº 3 (rel. Moreira Alves, dec. QO-FI de 07/2/92) foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra decretos que dispunham sobre reajuste de contratos firmados com a Administração Pública. A Adin nº 7 (rel. Celso de Mello, dec. QO-FI de 07/02/92) foi proposta pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC, contra decretos-lei de 1988 que alteraram a legislação sobre o PIS/PASEP. Nelas estão os votos de Celso de Mello e de Marco Aurélio.

9 Segundo nosso levantamento, o plenário arquivou 21 Adins, e outras o foram por decisão monocrática do relator.

da recepção, que garante a continuidade do direito. Acrescenta que, com a recepção, as normas têm na Constituição seu novo fundamento de validade e de eficácia.

Sepúlveda Pertence, em voto vencido, procura afastar a contraposição entre revogação e inconstitucionalidade. Elas não seriam logicamente excludentes, uma vez que se referem à incompatibilidade de normas, mas em função de critérios distintos. Com base em Bobbio<sup>10</sup>, afirma que, em princípio, se a antinomia se der por mais de um critério (cronológico, hierárquico e de especialidade das normas), não há dificuldade particular. Apesar de ser indiferente, sugere que, quando a antinomia se dá entre duas normas no mesmo plano, deve ser usado o critério cronológico; quando elas estão em planos diferentes, é natural usar o critério hierárquico.

Outro argumento é que no conflito de normas de duas ordens constitucionais sucessivas não haveria, a rigor, revogação, porque esta supõe que as normas façam parte do mesmo ordenamento. Quando uma norma inferior está em conflito com a nova Constituição, ela faz parte do ordenamento constitucional anterior. Então, a questão seria a sua validade face à nova Constituição, ou seja, de inconstitucionalidade superveniente.

Ele propõe os conceitos de inconstitucionalidade sucessiva, novação e revogação qualificada para solucionar o problema. Descarta o termo inconstitucionalidade superveniente porque, com ele, se adota a perspectiva da Constituição anterior e se traz implícita a continuidade da legislação inferior. A noção de inconstitucionalidade sucessiva seria mais adequada por colocar em evidência a descontinuidade da ordem jurídica que ocorre com a sucessão de Constituições. A mudança de Constituição significa uma ruptura na ordem jurídica, com a qual a legislação existente passa pelo processo de novação, ou seja, ela é incorporada à nova ordem constitucional, mas com novo fundamento de validade. Materialmente, as normas permanecem, mas a razão de sua validade é nova, pois a novação é como um processo abreviado de criação jurídica, no qual, ao adotar as normas pertencentes à velha ordem, a nova ordem põe em vigor novas normas, com o mesmo conteúdo daquelas<sup>11</sup>. Do ponto de vista da nova ordem constitucional, é como se a data de vigência de todo o direito anterior fosse a mesma da Constituição, quer tenha sido incorporado, quer repelido por ela.

Pertence propõe uma solução intermediária, com o conceito de revogação qualificada. A relação entre inconstitucionalidade e revogação seria de implicação, pois, "se a revogação deriva ou é provocada por contrariedade com a Constituição, então a contrariedade é ela mesma premissa da revogação. A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano de vigência)"<sup>12</sup>. A revogação e a inconstitucionalidade teriam o mesmo efeito, o fim da vigência da norma a partir da entrada em vigor da nova Constituição. O que as difere são, precisamente, os instrumentos pelos quais a compatibilidade pode ser verificada.

Para Moreira Alves, essa doutrina não é teoricamente correta. Haveria três planos para a análise da norma jurídica, que implicariam não só qualidades da lei e critérios para exame, mas também a ordem das questões examinadas. Os três planos são o da existência, o da validade e o da eficácia. O primeiro precede os demais, pois, para ser examinada a validade de uma norma, é necessário que ela exista<sup>13</sup>. A revogação significa a cessação da existência da lei e, portanto, inviabiliza o exame da validade; no caso, a

10 Norberto Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB-Polis, 1989, pp. 106-108.

11 Ele cita Hans Kelsen. *Teoria General del derecho y del Estado*, México: Unam, 1949, pp. 121.

12 Jose J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 1987, pp. 837.

13 O plano da existência é outra diferença com a teoria kelseniana, pois, para este, a juridicidade da norma não é questão de fato, mas de validade. A norma só tem "existência" jurídica por integrar validamente um ordenamento jurídico. Daí que a jurisdição constitucional examina as condições materiais, externas, da produção da norma jurídica como questão de validade. (Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 155).

constitucionalidade, pois esta pressupõe a existência concomitante das duas normas. Quando há sucessão de normas de hierarquia diferente, em que a mais nova é igual ou superior à primeira, ocorre a revogação. Se a mais nova for uma Constituição, coloca-se uma questão constitucional, mas não uma questão de constitucionalidade, que se refere ao vício de validade da norma inferior. Por essa razão, a ação direta não poderia ser usada. A recepção novatória poderia ser adotada como uma ficção jurídica para resolver o direito intertemporal, como na Constituição portuguesa (art. 282.2), mas a Constituição brasileira não fez o mesmo e a ficção não poderia ser criada pela jurisprudência.

No seu voto-vista na ADI nº 3 QO-FI, Marco Aurélio utiliza como critério a especialização da questão da constitucionalidade em relação à questão genérica da revogação. Se a controvérsia envolve norma constitucional, ela diz respeito à intangibilidade da própria Constituição, que tem instrumentos para resolver a controvérsia. A revogação é instituto estranho a ela, pois é regrada pela Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º), que supõe, em geral, normas de mesmo nível, e coloca uma questão de vigência. A incompatibilidade da norma com a Constituição coloca a questão no plano da eficácia e deveria ser resolvida pelo STF.

#### A conceituação da inconstitucionalidade

Para o relator, a questão da inconstitucionalidade não poderia ser colocada porque a nova Constituição não torna inconstitucional o que nasceu sem esse vício. A inconstitucionalidade é uma incompatibilidade entre normas de grau hierárquico diferente e só pode ocorrer na relação entre a norma inferior e a Constituição vigente no tempo em que ela foi editada. Em outros termos, a norma não pode ser inconstitucional face a uma Constituição inexistente.

Para que a nulidade possa ocorrer, é necessária uma Constituição em vigor que tenha delimitado os poderes dos Poderes do Estado, instituído o legislador, fixado as suas atribuições e demarcado as suas competências e formas de atuação. Isso se dá porque a validade da norma é posta pela doutrina do *ultra vires*, que era a do constitucionalismo norte-americano, foi adotada por Kelsen e, no Brasil, foi sustentada por Victor Nunes Leal<sup>14</sup>. A dimensão material ou substantiva da norma seria, em última instância, redutível à sua dimensão formal, pois, de acordo com o escalonamento de normas, a norma superior estabelece uma delegação de competência e de procedimentos para a autoridade que ela institui criar normas jurídicas. Uma norma é inconstitucional porque a autoridade que a editou não tinha atribuição para tal de acordo com a Constituição vigente. É como se o legislador realizasse, de forma inadequada, uma reforma da Constituição e, assim, a norma tornar-se-ia válida se, por hipótese, fosse votada como emenda constitucional.

O vício de inconstitucionalidade implicava a nulidade da lei. A lei *ultra vires* teria apenas a aparência de lei, mas seria inexistente, porque padecia do defeito de poder, por ter sido editada por quem não tinha atribuição para fazê-lo. A decisão judicial que estabelece a nulidade apenas reconhece um vício preexistente, não muda o caráter da norma examinada e, por isso, seria apenas declaratória. Assim, ela teria efeitos desde a origem da norma (*ex tunc*).

Se a norma for anterior à Constituição com a qual ela é incompatível, não há inconstitucionalidade porque, à época em que foi editada, o legislador tinha competência para fazê-lo. A inconstitucionalidade superveniente não seria possível, porque o legislador não excedeu suas atribuições, tal como definidas pela Constituição então vigente. Se a norma anterior fosse declarada inconstitucional face à nova Constituição, a decisão não poderia implicar a sua nulidade, porque não poderia estender as normas da Constituição atual para o passado. Essa impossibilidade geraria absurdos, pois a inconstitucionalidade passaria produzir

---

14 V. N. Leal. "Leis Complementares da Constituição", In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. VII, pp. 379-390.

dois tipos de efeito: *ex tunc*, para as normas editadas a partir da nova Constituição, e *ex nunc*, a partir da declaração, ou outro, para as normas anteriores. Se o Tribunal declarar inconstitucional uma lei anterior válida, ter-se-ia uma norma sucessivamente constitucional e inconstitucional. Em suma, "a posição em causa... leva a absurdos sucessivos" (ADI nº 2, voto do relator, Paulo Brossard).

Celso de Mello adota um parecer que elaborou, como Consultor da República, para a ADI nº 3, baseado na doutrina formulada por Moreira Alves no regime militar (Rps. 1417 e 1016). Seu argumento é conceitual e funcional, pois parte do papel do controle abstrato de normas para a ordem constitucional visando delimitar o seu objeto e formas de ação e, assim, excluir a possibilidade da inconstitucionalidade superveniente.

O controle da constitucionalidade entende-se a partir do princípio da racionalização do poder e suas consequências lógicas. O ponto não é tanto se o legislador excedeu os seus poderes, mas uma questão objetiva, dada pela exigência de que a Constituição deve ter supremacia sobre todo o ordenamento jurídico, e todos os atos normativos devem ser com ela compatíveis, tanto do ponto de vista formal como do material. Se houver incompatibilidade, a ação direta promoveria a imediata sanção, com a declaração da invalidade dos atos de grau inferior. Era necessário haver relação de contemporaneidade entre a Constituição vigente e a gênese das normas inferiores. O controle abstrato da norma inferior precisa de um parâmetro de controle, a Constituição sob a qual a norma foi editada. Isso porque o controle abstrato formula um juízo de desvalor sobre a norma inferior atacada como inconstitucional a partir do texto da Constituição.

A ADI tem caráter objetivo, pois não visa proteger direitos subjetivos, mas preservar a integridade jurídica da ordem constitucional vigente. Ela é instrumento para a defesa objetiva da Constituição e a preservação da ordem normativa nela plasmada. O STF é ativado por ela para desempenhar "típica função política ou de governo", pois, ao exercer essa função, ele seria como que metamorfoseado em "verdadeiro legislador negativo", que resulta do fato de a declaração de inconstitucionalidade operar a sua exclusão do direito positivo. Dados o seu caráter e objetivo, a ADI teria como objeto unicamente normas editados sob a Constituição vigente, pois as situações anteriores lhes seriam indiferentes.

Os ministros adotavam seletivamente a doutrina kelseniana do controle abstrato de normas. A principal diferença era a definição da inconstitucionalidade e os efeitos da declaração. Para Kelsen, o tribunal constitucional seria "legislador negativo" por não estar no quadro dos tribunais comuns, que tinham o dever de julgar segundo as leis. A própria norma legal era objeto de exame e a questão posta era a sua validade perante a Constituição. A conclusão de invalidade tinha como consequência a eliminação da norma do conjunto de leis positivas e, por isso, era de legislação negativa. A decisão pela inconstitucionalidade era definida como "constitutiva", isto é, criadora de uma situação jurídica nova, pois a lei era anulada e os efeitos da decisão seriam, em princípio, *ex nunc*; isto é, valeriam para o futuro, a partir da decisão tomada. Essa doutrina era adotada no Brasil por Pontes de Miranda<sup>15</sup>, mas não foi acolhida pelos ministros do STF, com exceção, parcial, de Marco Aurélio.

Sepúlveda Pertence distancia-se explicitamente da doutrina kelseniana. Primeiro, ele discorda da redução da inconstitucionalidade material à formal, defendida inclusive por seu "mestre", Victor Nunes Leal; pois a primeira diz respeito à invalidade substantiva de normas e a segunda, à insanidade do ato de criação normativa, independentemente do conteúdo das normas criadas. Segundo, ele concorda com a doutrina de que a decisão de inconstitucionalidade é declaratória, implica nulidade e produz efeitos *ex tunc*.

Pertence coloca a questão a partir da novação da legislação anterior, implicada pela ruptura

---

15 Pontes de Miranda, F. J. *Comentários à Constituição de 1946*. tomo VI, 3ª ed., São Paulo: Borsoi, 1960, pp. 395.



da ordem constitucional. Se o momento de início de vigência da nova Constituição for de novação da legislação, a declaração da inconstitucionalidade sucessiva de lei 'novada' seria de nulidade originária e teria efeito *ex tunc*. Isso porque, do ponto de vista do ordenamento constitucional novo, a data da promulgação da legislação novada é a da nova Constituição e não a da sua promulgação originária. O exame da constitucionalidade considerava a produção da norma no momento jurídico da sua novação e não o momento histórico da promulgação<sup>16</sup>. Não haveria, pois, diferença entre a declaração da inconstitucionalidade de lei posterior ou anterior à Constituição.

Ele concedia que poderia se chamar de "revogação qualificada"<sup>17</sup>, porque decorrente de incompatibilidade da lei anterior com a Constituição. O efeito jurídico da declaração de inconstitucionalidade não precisava ser único, ele poderia ser modulado pelo Tribunal. Ele explicava que a Constituição não havia restringido a ação de inconstitucionalidade em função de seus efeitos e, portanto, o tribunal poderia limitá-la a esse respeito.

Para ele, bastava mostrar que a solução da inconstitucionalidade superveniente, reconceituada como revogação qualificada, era adequada – talvez não a única – e que não levava a consequências absurdas. Ela havia sido adotada em outros países, como a Itália, a Alemanha, Espanha e Portugal e, no Brasil, a opinião de Castro Nunes era acompanhada por outros doutrinadores<sup>18</sup>.

Para Moreira Alves, a incompatibilidade face à nova Constituição significa que há questão constitucional, e, como ela implica a revogação, o instrumento para o controle seria o recurso extraordinário. Não poderia ser usada a ação direta "que se adstringe aos casos de incompatibilidade-vício". Havia diferenças entre a inconstitucionalidade por vício e a incompatibilidade superveniente, que não poderiam ser equiparadas, por terem causas e efeitos diferentes. A primeira significa que a Constituição foi infringida, a declaração implica nulidade da lei e tem efeito *ex tunc*. Na segunda não há infringência alguma e a declaração produz efeitos somente a partir da vigência da nova Constituição. A primeira se aplicaria à inconstitucionalidade material e formal, enquanto a segunda apenas à material. Então, não haveria razão para mudar o entendimento de que a ação direta não pode ser utilizada para o exame de leis anteriores à Constituição.

Néri da Silveira considera que, se o problema é da compatibilidade de lei com a Constituição, a questão é constitucional. A ADI é instrumento processual para o STF realizar a sua função maior de guarda da Constituição. Ela permitiria excluir de forma imediata e geral as normas incompatíveis. Então, a ADI não se destinaria apenas à inconstitucionalidade-vício, mas seria meio processual para o conhecimento e julgamento, em geral, de alegado conflito com a Constituição em vigor de norma federal ou estadual, eficazes no ordenamento jurídico.

### O exame da compatibilidade das normas

Uma diferença específica nos argumentos refere-se ao exame da compatibilidade. Alguns ministros indicam uma relação quase lógica entre as normas, enquanto outros sublinham as incertezas para a decisão nas situações concretas.

Castro Nunes partiu das dificuldades do exame em situações concretas. Haveria situações em que é evidente que a nova Constituição repele a norma anterior de forma explícita e indubitável, de modo que

16 Ele cita Jorge Miranda, *Manual de direito Constitucional*, 2ª ed.. Coimbra: Coimbra editora, 1986, vol II, pp. 251.

17 A referência é Lúcio A. C. Bittencourt. "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1949, pp. 131.

18 Ele cita Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 1943, pp. 500 e Lúcio A. C. Bittencourt. "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1949, pp. 131. José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 1968, pp. 144 ss. e 204 ss.) e Themistocles Cavalcanti. *O Controle de Constitucionalidade*, 1966, pp. 171.

assume o caráter de revogação expressa. Noutras situações, a incompatibilidade não seria tão clara e por isso, ela poderia ser examinada como questão de constitucionalidade. Ele não via razão para tratar de modo distinto normas editadas antes e depois da vigência da nova Constituição. Em ambas colocava-se uma questão de indagação da constitucionalidade da norma inferior, em que o exame era materialmente o mesmo, sobre o conteúdo das normas (Castro Nunes, id.: 602).

Paulo Brossard critica a distinção de um ponto de vista lógico. A compatibilidade de normas sucessivas coloca-se como questão de direito intertemporal, e não é diferente se ela for clara ou duvidosa. O exame é um só e a conclusão só pode ser pela conciliabilidade ou o antagonismo.

Para Celso de Mello, a perspectiva adotada para o juízo de constitucionalidade é oposta a do juízo da recepção. Na primeira, o juízo é retrospectivo, pois a norma é examinada em função de uma Constituição vigente e, portanto, anterior a ela, enquanto na segunda o juízo examina a norma anterior do ponto de vista da sua relação com a ordem constitucional sucessiva. A perspectiva da nova Constituição é o único critério a orientar o intérprete na investigação e análise da recepção. Os conflitos são dirimidos pelo reconhecimento da revogação pura e simples das normas inferiores. As normas que não forem compatíveis com a nova Constituição são examinadas e automaticamente tidas por revogadas. Assim, ele atribui certo automatismo ao exame da compatibilidade pelos juízes e, portanto, da eliminação às normas não recebidas.

Sepúlveda Pertence considera que o exame da inconstitucionalidade tem como vantagem o fato de considerar a compatibilidade das normas de modo mais amplo do que na revogação. A norma constitucional tem alcance mais vasto e menos preciso, quando, mais do que editar preceitos, indica os princípios de ordem geral a que devem ajustar-se as leis ordinárias. Daí que o exame da compatibilidade não é “um problema específico de sucessão de leis, mas implica uma visão e uma interpretação panorâmica de todo o ordenamento constitucional...”<sup>19</sup>.

Marco Aurélio enfatiza as dificuldades do exame. Muitas vezes a incompatibilidade não seria perceptível à primeira vista, persistindo situações dúbias que deveriam ser afastadas do cenário jurídico. Se a questão é de constitucionalidade, deveria ser resolvida à luz dos institutos próprios à Constituição. Seria impróprio deixar a solução ao sabor de órgãos fracionados, nos quais a resposta iria variar conforme a formação profissional e humanística daqueles que o integram.

## **2 – A missão institucional do STF e o sistema de controle da constitucionalidade no Brasil**

Paulo Brossard não distingue as formas de controle de constitucionalidade concentrado e difuso, e não discute suas relações nem a missão constitucional do STF. Para ele, o Brasil tem sua experiência constitucional, na qual ao controle de constitucionalidade – de inspiração norte-americana na origem – se adicionou o controle concentrado.

Sepúlveda Pertence coloca a missão institucional do STF em primeiro plano. A apreciação da solução a ser adotada seria de alta política constitucional e o Tribunal deveria optar, dentre as várias soluções juridicamente razoáveis, por aquela que fosse mais adequada à efetividade da Constituição, o que era de sua própria missão. Se o STF viesse a recusar a via da ADI para o expurgo das leis velhas incompatíveis, demitir-se-ia de uma missão e de uma responsabilidade que eram intransferivelmente suas. Dada a combinação do controle concentrado e difuso no Brasil, a solução produziria efeitos benéficos e não o oposto; porque o controle difuso seria realizado pelos juízes nos casos ocorrentes, enquanto cada questão chegaria a um termo, com efeitos gerais e imediatos, quando houvesse uma decisão do STF em controle concentrado. Moreira Alves enfatizava as contradições lógicas e impasses políticos decorrentes da combinação de

---

<sup>19</sup> O autor citado é Calamandrei. *Corte Constitucional e Autoridade Judicial*, loc. cit., pp. 152.

sistemas de controle da constitucionalidade no Brasil. Não poderia haver o fenômeno da recepção novatória, pois esta colocava a norma anterior em confronto exclusivo com a nova Constituição, excluindo a possibilidade de exame com a Constituição anterior. Ela era possível nos países que adotavam apenas o controle concentrado, pois nestes, o exame da compatibilidade da lei se dá em face da Constituição em vigor.

No Brasil, porém, o controle difuso mantinha o exame da compatibilidade das leis com a Constituição anterior e poderia ocorrer a contradição entre uma decisão do STF em controle difuso e outra em controle concentrado. A combinação poderia levar a impasses políticos, pois uma lei poderia ser recebida pela nova ordem constitucional por meio de uma decisão em controle concentrado, enquanto uma decisão em controle difuso poderia declará-la inconstitucional face à Constituição anterior.

Daí que a lei novada seria existente e constitucional a partir da vigência da nova Constituição, quando ela teria sido inexistente, por inconstitucional face à Constituição anterior sob a qual fora editada. “Ter-se-á, então, uma lei que, sendo inconstitucional desde a sua edição, é nula *ab initio*, e isso não obstante é supervenientemente constitucional”. A revogação das leis anteriores poderia ser feita pelo recurso extraordinário no controle difuso.

Néri da Silveira respondia que não via razão jurídica para que o exame das normas anteriores fosse admitido em controle difuso e não no controle concentrado, pois o que estava em jogo, em ambos, era uma questão constitucional e os efeitos do juízo de incompatibilidade seriam os mesmos nos dois casos.

### **3 – A tradição jurídica e o valor da continuidade jurisprudencial e doutrinária**

O relator afirmava que a posição tradicional da doutrina e da jurisprudência do país era pela revogação. Essa posição foi dominante na Primeira República, reafirmada sob a Constituição de 1946 e teve decisões mais numerosas a partir de 1967, no STF como nos tribunais locais. A adoção da doutrina da inconstitucionalidade superveniente significaria que o Tribunal “estaria abandonando antiga e numerosa jurisprudência”. (ADI nº 2, voto do relator, Paulo Brossard).

Moreira Alves afirmava que o sistema misto de controle configurava uma tradição jurídica expressa de forma firme na doutrina e na jurisprudência do país. Os sistemas de controle de constitucionalidade confrontados em suas integralidades eram distintos e as soluções adotadas na Alemanha, Itália e Espanha baseavam-se mais no pragmatismo político do que em considerações de ordem teórica.

Sepúlveda Pertence adotava uma perspectiva pragmática, com a qual propôs uma solução compatível com a jurisprudência do tribunal, cujas teses centrais sobre o controle da constitucionalidade eram mantidas, e com o sistema “misto” de controle de constitucionalidade. A combinação de sistemas de controle seria virtuosa porque o controle incidental permitiria a solução de situações individuais, enquanto o tribunal constitucional daria segurança e efetividade à Constituição. Ela tornaria mais efetiva e rápida a eliminação da legislação anterior incompatível com a nova Constituição e uniformizaria a jurisprudência na conformação do direito velho às novas diretrizes da Lei Fundamental. Esta era a missão do STF: dar o máximo de efetividade, em todos os níveis do ordenamento, ao estalo de valores, princípios e regras da nova Constituição. Também para Marco Aurélio, o problema era a estabilidade dos julgados no futuro.

Um aspecto do debate, que não será detalhado aqui, é que os ministros que defendiam a preservação da tradição jurídica apresentaram objeções baseadas em conceitos e normas procedimentais do controle da constitucionalidade no Brasil<sup>20</sup>. Essas objeções indicam que o princípio da continuidade da ordem jurídica

---

<sup>20</sup> Algumas das objeções foram: a presunção da constitucionalidade que se aplicava às normas editadas sob a Constituição vigente mas não para as anteriores; a exigência de quórum para declarar a inconstitucionalidade mas não a revogação; o duplo efeito da decisão em controle concentrado, seja pela inconstitucionalidade seja pela constitucionalidade, que excluiria a reconsideração da matéria pelo STF; a atuação do advogado-geral da União como curador da lei na ação direta; a jurisprudência de

não era apenas uma premissa para manter a doutrina da recepção, mas que acabava por oferecer um conjunto de critérios de julgamento com os quais o existente, firmado pela tradição – e independentemente de juízos sobre sua origem no autoritarismo político – acabava por se impor ou circunscrever o alcance do novo.

#### **4 – Consequências, para as relações jurídicas e sociais, da manutenção ou não da legislação anterior à Constituição.**

Paulo Brossard afirmava que a solução da inconstitucionalidade superveniente provocaria a consequência absurda de que a lei constitucional teria menos força do que outras leis quando do confronto com a legislação anterior. Isso porque o juízo de revogação entre leis infraconstitucionais poderia ser realizado por qualquer juiz em qualquer processo; mas, para ser realizado o juízo de inconstitucionalidade, seria necessária ação especial, julgada por um tribunal coletivo com maioria qualificada, tal como era determinado pelas normas processuais do país.

Para Celso de Mello, a aceitação da inconstitucionalidade superveniente implicaria a rejeição do princípio da recepção e, com isso, a supremacia da Constituição nova teria uma limitação inaceitável pois, inexistindo o processo de recepção, as normas inferiores continuariam a vigorar e seria necessária a declaração de sua invalidade pelo STF para retirá-las do ordenamento jurídico.

Para Pertence, o controle concentrado traria maior certeza e seguranças jurídicas, em virtude da eficácia *erga omnes* de sentenças desse tipo, enquanto o controle incidental abriria o acesso a todos para a solução de situações particulares. A solução oposta implicaria a perda da efetividade da Constituição e da segurança jurídica dos jurisdicionados. Néri da Silveira colocava as mesmas razões políticas, de conveniência, para julgar as leis anteriores à Constituição de 1988.

Marco Aurélio afirmava que o efeito prático seria salutar, pois o Tribunal enfrentaria grande número de ações diretas, mas preveniria ações individuais em número maior perante os demais juízes. Não deveriam ser usados dois pesos e duas medidas para decidir as questões constitucionais, o que ocorreria se as normas anteriores fossem deixadas ao julgamento disperso dos tribunais inferiores. A dispersão dos julgados tenderia a se manter, e só uma decisão *erga omnes* do STF poderia eliminá-la.

### **3. Análise e conclusão**

Apresenta-se a análise de conjunto dos argumentos dos ministros e algumas observações metodológicas.

Os ministros que defendem a tese da revogação apresentam algumas características comuns. Primeiro, eles usam conceitos e esquemas abstratos, apresentados como 'naturais', dotados de propriedades lógicas formais, que levariam a alternativas logicamente necessárias e excludentes. Essas construções servem para expor implicações 'absurdas', incoerentes e geradoras de insegurança jurídica da outra solução. Essas implicações parecem valer por si mesmas para desqualificá-la, sem examinar a probabilidade ou a relevância das situações que poderiam ser criadas.

Segundo, essas construções estariam traduzidas na legislação, doutrina e jurisprudência existentes, cujo valor seria evidente, para fazer face à solução oposta. Com isso, o existente torna-se suporte para bloquear a reflexão sobre o possível.

Terceiro, seu raciocínio é inverso ao da interpretação segundo princípios e sistemática da Constituição, pois

---

que a ação direta teria caráter objetivo e objeto exclusivo, pois tratava apenas da inconstitucionalidade-vício e as normas editadas sob a Constituição vigente; de que a declaração de inconstitucionalidade não poderia alcançar o passado e as situações já constituídas.

são as normas da Constituição que devem se adaptar aos arranjos institucionais, conceitos e esquemas, formas de ação e procedimentos existentes. A nova ordem constitucional não significa ruptura com a ordem e a tradição jurídica.

Quarto, eles valorizam a continuidade jurisprudencial e doutrinária construída no passado, supondo a sua manutenção na nova ordem. Enfim, eles não se estenderam sobre as consequências sociais e políticas da solução que propunham. Suas consequências benéficas seriam produzidas pelo efeito do rigor lógico, a preservação da tradição jurídica e a continuidade da jurisprudência. Assim, esses ministros asseguravam o gradualismo da mudança, mantendo continuidade com o passado, e limitavam os efeitos gerais e imediatos da instauração da nova ordem constitucional.

Os ministros que propõem a solução da inconstitucionalidade superveniente ou sucessiva não se afastam da discussão conceitual, mas questionam as soluções adotadas do ponto de vista de sua adequação para a nova ordem constitucional. Os conceitos jurídicos teriam validade relativa e seriam ponderados com as suas implicações para o presente. Desse modo, embora se mantenham no quadro doutrinário e conceitual, deslocam-no para acolher a inovação. As formas institucionais e procedimentos existentes têm importância relativa, até por motivos jurídicos, pois, argumentam, são de caráter infraconstitucional.

Mas eles não adotam uma abordagem principista da nova Constituição, antes combinam e ponderam os seus dispositivos com doutrinas variadas e suas consequências políticas. Eles também valorizam a continuidade jurisprudencial e doutrinária, mas a enfocam do ponto de vista do futuro, da estabilidade dos julgados a ser criada, para a qual seria necessário estabelecer bases doutrinárias renovadas de interpretação da legislação. Enfim, as consequências sociais e políticas da decisão colocam-se em primeiro plano, relacionando à nova Constituição, o papel institucional do STF, suas relações com o Judiciário e a renovação das leis vigentes no país.

De um ponto de vista metodológico, a decisão da ADI nº 2 é ilustrativa de teorias e procedimentos a serem evitados na pesquisa sobre decisões judiciais e, de modo mais geral, sobre os tribunais e o direito.

Um primeiro ponto é a completa disparidade entre o problema debatido e em relação a características "externas" ao tema jurídico do processo. Essas características se definem como dados sociais e políticos sobre as partes, a questão substantiva ou as consequências da questão. No caso da ADI nº 2, tratava-se de uma entidade sindical que discutia as formas de regulamentação governamental para a fixação dos preços das mensalidades escolares. A decisão do Tribunal não é nem favorável nem contrária a esses temas, pois, simplesmente, não eram relevantes, não foram objeto de exame ou discussão. Se a decisão teve consequências para eles, é algo a analisar em outros processos, com decisões mais específicas.

O segundo ponto é que atributos pessoais, profissionais e mesmo a trajetória política dos ministros, dizem pouco sobre suas posições jurídicas no caso. Havia ministros nomeados durante e após o regime militar – que haviam sido juízes – procuradores e advogados, que foram apoiadores ou opositores do regime etc. Ministros com atributos opostos estão presentes nos dois lados, a favor da revogação ou da inconstitucionalidade. A questão que divide é a relação com o passado e a política para a construção da nova ordem e o contexto refere-se aos importantes realinhamentos da transição democrática ao governo Collor.

Sugere-se a busca de determinar as alianças dos ministros dentro do alinhamento de forças políticas que se coloca no momento atual ao processo decisório. A pesquisa é difícil de ser concretizada mas podem ser utilizadas estratégias de aproximação, por meio da análise de outras decisões cujas variáveis sejam controladas em função das posições das forças políticas naquele momento ou período.

As posições dos ministros sobre as questões jurídicas têm a sua própria relevância e devem ser objeto de análise concomitante. Para isso, é preciso distinguir essas questões jurídicas substantivas das consequências "concretas", os efeitos de cada decisão e suas relações com as forças políticas. Pode-se

prever que, numa situação em que há contradição entre o resultado esperado pela aliança a que o ministro faz parte e a sua posição doutrinária sobre o tema, ele tenderá a evitar a questão jurídica, postergando o julgamento ou deslocando o foco para questões procedimentais.

Um terceiro ponto é que decisões sobre questões técnicas do direito ou do processo não devem, em princípio, ser descartadas na pesquisa. Essas decisões podem ter impactos de grande alcance, como a conformação da instituição por meio de normas procedimentais, alterar as vias e oportunidades de ação dos sujeitos ou, enfim, consequências políticas diretas, tal como ocorreu na decisão da ADI nº 2.

Outro ponto é que as posições adotadas pelos ministros descartam classificações simples, como as sugeridas em pesquisas sociojurídicas ou de filosofia do direito. Não se têm a contraposição entre juízes formalistas e instrumentalistas, dogmáticos e pragmáticos, principistas e consequencialistas etc. Se a letra dos argumentos induz a enfatizar esses aspectos, outros estão presentes, de forma mais ou menos explicitada, como as consequências de cada solução para a tradição jurídica, o tribunal e a construção da nova ordem.

Daí que os argumentos podem ser vistos como artifícios, instrumentos, voltados a produzir certos efeitos de conjunto mais do que reveladores da filiação a uma escola ou estilo de julgamento. Os ministros de ambas posições tratam o problema do mesmo modo, com um estilo de decisão judicial de nossa tradição desde, pelo menos, a Lei da Boa Razão: analisam as palavras da norma, sua posição no conjunto da legislação, seu histórico, objetivos e consequências, as soluções da doutrina, as leis das nações cultas etc. Distinções nos procedimentos e conceitos adotados por eles podem ser relevantes em outros contextos, mas não parecem ser determinantes numa decisão sobre um problema como o da ADI nº 2.

Enfim, a análise dos problemas e argumentos da decisão deve levar em consideração o que está presente de forma até mesmo gritante, como no caso da ADI nº 2, mas que não é dito, é silenciado ou deslocado do foco do debate judicial. O autoritarismo político, as situações incertas, as continuidades nas organizações e no pessoal, a revisão dos atos do passado eram a questão política central. Porém, isso não foi debatido e poucas foram as alusões a isso.

A questão da inconstitucionalidade superveniente tocava num ponto inegociável para os militares: o de que a transição limitada teria uma Constituinte derivada e a nova Constituição seria a instauração de uma ordem democrática sem ruptura com o passado. A declaração da inconstitucionalidade de normas anteriores significaria a abertura de um processo de revisão. A declaração de inconstitucionalidade superveniente criaria uma situação de falta de lei na ordem atual, embora, tecnicamente, as situações criadas não seriam modificadas, porque seriam regradas pelas normas do próprio autoritarismo.

Porém, seria lançado o debate sobre a justiça de se manterem aquelas regras do autoritarismo para situações constituídas no passado, cujos efeitos se projetavam no presente. Seria colocada na agenda a necessidade de essas situações virem a ser revisadas pelo Congresso. A decisão do STF na ADI nº 2 bloqueou esta possibilidade, sustentando a construção do presente e do futuro acomodada às estruturas e situações constituídas durante o autoritarismo.