
OS LIMITES DE IDADE PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS E A INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DO ART. 10 DA LEI 6.880/1980

*THE AGE LIMITS FOR ENLISTMENT IN ARMED FORCES AND
THE ARTICLE 10 OF THE MILITARY STATUTE SUPERVENING
UNCONSTITUTIONALITY*

*Francisco de Assis Rodrigues
Advogado da União e mestrando em Direito
Constitucional pela Universidade de Lisboa*

SUMÁRIO: 1 Atuação da SGCT no RE 600.885; 2 Desdobramentos legislativos; 3 Desdobramentos doutrinários; 3.1 Conflito intertemporal entre direito pré-constitucional e nova Constituição: revogação ou inconstitucionalidade superveniente?; 3.2 A questão no direito brasileiro; 3.3 Decorrência do entendimento firmado na ADI 2; 3.4 Desdobramentos da decisão do RE 600.885 na atuação da SGCT; 4 Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo destina-se à análise da atuação da Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT) da Advocacia-Geral da União no RE 600.885, bem como da decisão proferida no mencionado processo. Será feita, inicialmente, uma contextualização do caso, dando-se ênfase à atuação da SGCT. Em seguida, será feita uma breve notícia dos desdobramentos legislativos decorrentes deste julgamento. Após, a análise focará nos desdobramentos doutrinários da decisão proferida nesses autos. Demonstrar-se-á que a decisão do RE 600.885, ao modular os efeitos da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980, representou uma viragem da jurisprudência do STF sobre a qualificação jurídica da desconformidade do direito pré-constitucional com a nova Constituição (tal fenômeno seria não mais qualificado como revogação, mas sim como inconstitucionalidade superveniente). Por fim, serão exploradas algumas decorrências práticas dessa mudança jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Lei Pré-constitucional. Nova Constituição. Inconstitucionalidade Superveniente.

ABSTRACT: This paper aims both to analyze the work undertaken by the Attorney General's Office (SGCT) concerning Extraordinary Appeal n. 600.885 (RE 600.885), as well as examine the Brazilian Supreme Court (STF) holding on this lawsuit. Firstly, there will be a case overview, focusing on the allegations brought by the SGCT before the STF. Secondly, there will be a short account of the legislative unfoldments from this trial. Thirdly, the analysis will center on the doctrinal developments of said STF ruling. It will be argued that, by modulating the effects of the non-reception of art. 10 of Law 6.880/1980, the ruling on RE 600.885 represents a turning point in the STF jurisprudence regarding prior laws inconsistent with a supervening Constitution. Such phenomenon can no longer be qualified as a mere abrogation, but rather as a supervening unconstitutionality. Finally, practical consequences arising from this jurisprudential shift will be investigated.

KEYWORDS: Constitutional Law. Pre-constitutional Legislation. New Constitution. Supervening Unconstitutionality.

1 ATUAÇÃO DA SGCT NO RE 600.885

A fixação de limite de idade para ingresso nas Forças Armadas foi um tema recorrentemente discutido nos tribunais brasileiros pelo período de quase 25 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito se questionou a respeito da fixação deste limite de idade por meio de ato infra legal, em especial diante do alargamento do princípio da legalidade trazido pela nova Constituição. A questão foi, finalmente, solucionada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 600.885, sendo este um dos vários casos em que a atuação da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (SGCT), nos seus 10 anos de existência, mostrou-se decisiva no processo de concretização dos preceitos da Constituição de 1988.

Este artigo destina-se, assim, a analisar a decisão proferida pelo STF no RE 600.885, bem como a atuação da SGCT, explorando-se os desdobramentos legislativos e doutrinários do julgamento.

No mencionado processo, discutiu-se a nulidade da cláusula inserta no edital do Concurso de Admissão aos Cursos de Formação de Sargentos de 2008/2009, que impunha limite de idade máxima de 24 anos como requisito de ingresso no curso.

O candidato e autor da referida demanda sustentou que a exigência feita pelo Exército brasileiro era inconstitucional, em virtude do disposto no inciso X do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, que determina que somente lei disporá sobre os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas (*“a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade”*).

Julgado procedente o pedido em todas as instâncias, a União interpôs recurso extraordinário, alegando, no que importa para o presente artigo, que o art. 10 da Lei 6.880/1980 fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que, por isso, era legítima a delegação do poder regulamentar às Forças Armadas, aí incluso o poder para estabelecer limite de idade de ingresso por meio do edital do certame.

O dispositivo legal em questão possui o seguinte teor: *“Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.”*

A União destacou, ainda, a necessidade de submeter o feito à sistemática da repercussão geral, diante da grande relevância jurídica e social, uma vez que milhares de candidatos ao ingresso na carreira militar encontravam-se na mesma condição do autor da demanda, qual

seja, acima do limite de idade. Tal situação poderia refletir negativamente nas atividades e na estrutura hierárquica e de comando inerente às Forças Armadas.

No STF, a Ministra relatora, Cármen Lúcia, assim sintetizou a controvérsia discutida no processo:

O caso presente exige seja analisado se a regra do art. 10 da Lei n. 6880/1980 teria sido, ou não recepcionada pela Constituição de 1988, em cujo art. 142, § 3º, inc. X, se fixou que apenas lei, tomada em sentido material e formal, poderia definir obrigações a serem atendidas pelos candidatos aos cargos das Forças Armadas.

No julgamento do RE 600.885, entendeu o STF que os limites deveriam ser fixados por lei, e que esta não poderia desertar do seu papel, tendo em vista que a Constituição Federal estabeleceu um núcleo mínimo de requisitos que não poderia fugir à legalidade estrita. Por esta razão, concluiu-se pela não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980:

Tem-se, pois, que a definição dos requisitos a serem preenchidos pelos candidatos a ingressar nas Forças Armadas haverá de se dar por lei, cujo conteúdo mínimo já vem determinado constitucionalmente. Dentre os elementos que compõem aquele conteúdo mínimo está, exata e expressamente, o requisito referente aos limites de idade.

Logo, não poderia a lei desertar do seu papel constitucional e delegar o que por delegação não poderia ocorrer, a saber, a definição dos limites de idade para o ingresso nas Forças Armadas. E é exatamente o que me parece significar a transferência ao administrador público do que a Constituição conferiu, com exclusividade, à atuação do legislador: a definição daqueles limites.

Daí porque concluo não ter sido recepcionada expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” contida no art. 10 da Lei 6.880/1980.

No entanto, não se limitou o STF a simplesmente fazer o juízo de não-recepção, pois, afinal de contas, a norma tida por revogada produzira efeitos por quase vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição. Vários concursos foram realizados, nos quais se impôs o limite de idade com base na norma contida no art. 10 da Lei 6.880/1980. Assim, em

nome da segurança jurídica, resolveu o STF modular os efeitos da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980 pela Constituição Federal:

Todavia, há de se considerar que, passados mais de vinte e dois anos da vigência da Constituição brasileira de 1988, enorme número de concursos públicos foram realizados tomando-se como fundamentos dos editais exatamente a norma agora tida como não recepcionada.

Assim, com base no princípio da segurança jurídica, passado interregno alargado de vigência da Constituição da República de 1988, período no qual dezenas de seleções públicas foram realizadas com observância daquela regra legal, modulo os efeitos da não-recepção para manter a validade dos certames realizados pelas Forças Armadas e em cujos editais e regulamentos se tenha fixado limites de idade com base no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011, ressalvado, como é óbvio, o direito do ora Recorrido, que se mantém hígido por força da decisão judicial agora confirmada.

Tal decisão representou vitória significativa para a União, pois, apesar de negar provimento ao seu recurso extraordinário, assegurou a validade de todos os concursos realizados após a promulgação da Constituição de 1988. Teve ainda o STF a preocupação de declarar a não-recepção *pro futuro* o que, a um só tempo, garantiria a validade dos concursos em andamento e ainda permitiria que o legislador pudesse evitar um vácuo normativo. Fixou-se, então, a data de 31 de dezembro de 2011. A partir daí, a fixação de limite de idade em ato infralegal violaria a exigência de lei inscrita no § 3º do art. 142 da Constituição Federal. A sucumbência da União, portanto, limitou-se às ações com idêntico objeto ajuizadas até aquele julgamento.

Tendo sucumbido quanto a este ponto, a SGCT opôs embargos de declaração, por meio dos quais requereu ao STF que fixasse critérios de proporcionalidade, estabelecendo padrões objetivos que pudessem ser aplicados às ações judiciais em curso, a fim de evitar, por exemplo, que candidatos que ultrapassem em muito o limite de idade não tivessem suas demandas julgadas procedentes.

Posteriormente, a SGCT protocolizou nova petição, por meio da qual noticiou o trâmite de projetos de lei para fixação do limite de idade para ingresso nas Forças Armadas e, por essa razão, requereu que os efeitos da não-recepção fossem prorrogados até 31 de dezembro de 2012. A atuação da SGCT, quanto a este pedido de dilação do prazo, será analisada detalhadamente no próximo tópico.

No julgamento dos embargos declaratórios, o STF negou a pretensão de estabelecimento de critérios de proporcionalidade, mas deferiu o pedido de dilação do prazo de não-recepção – estendendo-o até 31 de dezembro de 2012 –, e ainda fez a ressalva expressa, a fim de extirpar qualquer dúvida, de que a declaração de não-recepção da expressão contida no art. 10 da Lei 6.880/1980 não prejudicava os candidatos com ações ajuizadas.

2 DESDOBRAMENTOS LEGISLATIVOS

O julgamento do RE 600.885 foi fundamental para edição de uma série de leis, que acabaram por fixar, dentre outros assuntos, os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas.

Em decorrência direta do julgamento de mérito do RE 600.885, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional, em regime de prioridade, os Projetos de Lei nº 2843/2011 e nº 2844/2011, que propunham, respectivamente, (i) a alteração da Lei nº 11.279/06, na parte em que trata dos requisitos para ingresso nas carreiras da Marinha, e (ii) o estabelecimento dos requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército.

Apesar do empenho do Governo Federal, o prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal no primeiro acórdão não se revelou suficiente. Assim, no ano de 2012, em razão do vácuo legislativo formado, doze processos seletivos para ingresso na Marinha e oito para ingresso no Exército, estavam suspensos. Diante deste cenário, a Marinha e o Exército solicitaram à SGCT que intervisse junto ao STF, solicitando a prorrogação do prazo da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980.

A SGCT elaborou, então, como já mencionado no tópico anterior, um memorial, no qual destacou que todos os esforços para a aprovação dos projetos de lei estavam sendo envidados e, em razão de excepcional interesse social, solicitou a prorrogação da não-recepção da norma. O Supremo Tribunal Federal acatou este argumento, destacando que o indeferimento da prorrogação geraria uma situação de grave insegurança jurídica e deferiu a prorrogação até 31 de dezembro de 2012.

A atuação da SGCT foi decisiva para que os projetos de lei fossem aprovados, bem como para que fossem realizados novos concursos para ingresso nas Forças Armadas durante o prazo de tramitação destes projetos.

Assim, dentro do prazo requerido pela SGCT, foram editadas as seguintes normas:

- Lei 12.464/2011: fixa o limite de idade para ingresso na Aeronáutica no inciso V do art. 20;
- Lei 12.704/2012 alterou a Lei 11.279/2006, para acrescentar o art. 11-A, no qual o limite de idade para ingresso na Marinha do Brasil também foi detalhadamente disciplinado;
- Lei 12.705/2012, por seu turno, fixou, no art. 3º, os limites de idade para ingresso no Exército Brasileiro.

Muito embora o STF não tenha utilizado expressamente a técnica de apelo ao legislador, a edição de tais leis são um indicativo positivo do diálogo institucional entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Muda-se, assim, aquela visão de que o legislador simplesmente ignorava as decisões do Supremo Tribunal Federal, o que vem a valorizar o controle recíproco dos poderes, essencial para o bom funcionamento da República. De se salientar, ainda, que a interlocução perante estes Poderes realizada pela SGCT revelou-se salutar, pois este órgão da AGU conseguiu afinar as razões de interesse social à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, possibilitando ao Poder Legislativo a edição das leis necessárias.

3 DESDOBRAMENTOS DOUTRINÁRIOS

A importância do julgamento do RE 600.885 não se limita, no entanto, à questão do limite de idade estabelecido como requisito de ingresso nas Forças Armadas. Como foi visto, o STF *modulou* os efeitos da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980 pela Constituição Federal.

Em vez de ter considerado que, após a entrada em vigor da Constituição de 1988, tal norma estava simplesmente revogada – que a partir daquele momento não produziria mais efeitos –, optou a Suprema Corte por dizer que os efeitos da não-recepção seriam *pro futuro*, mais especificamente que referida norma não seria mais considerada recepcionada após 31 de dezembro de 2012.

Não se questiona aqui o fato de, em nome da segurança jurídica, ter o STF se valido da técnica da modulação dos efeitos. Tal medida era extremamente necessária, pois, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, vários concursos foram realizados sob a égide da norma tida por revogada. Assim, a declaração pura e simples de que tal norma não produziu efeitos desde a entrada em vigor da nova Constituição macularia a validade de vários concursos, causando um verdadeiro caos na organização administrativa das Forças Armadas.

No entanto, o que se questiona é se o fenômeno da *revogação* comporta a modulação de efeitos, pois esta, como se sabe, é típica técnica decisória presente nos provimentos jurisdicionais que reconhecem a *inconstitucionalidade*.

No direito brasileiro, a incompatibilidade do direito pré-constitucional com a nova Constituição é caso de *revogação*, tendo o STF rejeitado a tese da *inconstitucionalidade superveniente* no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2 (ADI 2).

No julgamento do RE 600.885, no entanto, o STF modulou os efeitos da revogação, mas nada foi dito a respeito de aquela decisão ser ou não uma decisão de inconstitucionalidade. Assim, impõe-se uma breve distinção entre revogação e inconstitucionalidade superveniente.

3.1 Conflito intertemporal entre direito pré-constitucional e nova constituição: revogação ou inconstitucionalidade superveniente?

As noções de constitucionalidade e inconstitucionalidade designam, nas palavras de Jorge Miranda, conceitos de relação: “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”.¹ Múltiplas são as possibilidades de conflitos intertemporais entre a Constituição, tomada como parâmetro, e os atos jurídicos públicos cuja (in)constitucionalidade será aferida.

Quando se toma como ponto de referência o *momento da decisão de inconstitucionalidade*, essa relação de desconformidade pode ser *pretérita* ou *presente*². Na *inconstitucionalidade presente*, a relação de desconformidade se dá com uma Constituição que está em plena vigência no momento em que proferida a decisão de inconstitucionalidade. Na *inconstitucionalidade pretérita*, a relação desconformidade se dá entre “um acto ou uma norma e uma norma constitucional que já não se encontra em vigor mas que desempenhou, em relação a tal acto ou a tal norma, função conformadora ou paramétrica.”³ O qualificativo pretérito refere-se, desse modo, à norma constitucional desrespeitada. Inconstitucionalidade pretérita representa, nas palavras de Miguel

1 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 7-8.

2 TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade Pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos Dez Anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 267-343. p. 272

3 TELES, op. cit. p. 267-343. p. 272.

Galvão Teles, uma abreviatura da locução *inconstitucionalidade por desconformidade com norma constitucional pretérita*.

Por outro lado, quando se toma como ponto de referência o momento do surgimento da incompatibilidade do ato com a Constituição, tem-se que a inconstitucionalidade poderá ser *originária* ou *superveniente*.⁴ A *inconstitucionalidade originária* implica que um ato jurídico público colida desde o momento da sua formação com o parâmetro constitucional, assim, “o parâmetro constitucional pré-existe ao acto que a ele é desconforme.”⁵ A *inconstitucionalidade superveniente*, por sua vez, tem lugar quando “um acto originariamente conforme com a Constituição entra posteriormente em confronto com uma norma constitucional, editada sucessivamente ao momento do início da vigência do mesmo acto.”⁶

Esta classificação da inconstitucionalidade superveniente é a faceta do fenómeno da inconstitucionalidade que importa para a análise do presente artigo, pois está em cheque a conformidade do art. 10 da Lei 6.880/1980 (norma pré-constitucional, portanto) com a Constituição de 1988 (parâmetro de controle de constitucionalidade superveniente).

No entanto, sabe-se que o tratamento desse fenómeno sob o aspecto da inconstitucionalidade não é pacífico. Muito pelo contrário, no direito brasileiro, como já mencionado, o próprio Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido diametralmente oposto, tendo refutado expressamente tal tese e firmado o entendimento de que, em casos tais, trata-se de mera revogação. Em outras palavras, o STF tratou da questão como um conflito intertemporal de leis.

3.2 A questão no direito brasileiro

Ao contrário das Constituições de 1891 (art. 83), 1934 (art. 187) e 1937 (art. 183), a Constituição de 1988 não possui norma expressa a respeito do *status* do direito pré-constitucional em desconformidade com as novas normas constitucionais. No entanto, apesar do vácuo normativo a partir da Constituição de 1946, formou-se no direito brasileiro uma inegável tradição de tratar como revogado o direito pré-constitucional em desconformidade com uma Constituição superveniente.

Apesar de minoritária, sempre houve corrente que defendesse, entre nós, o tratamento da questão sob o viés da inconstitucionalidade.

4 TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade Pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). Nos Dez Anos da Constituição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 267-343. pp. 274-275

5 MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 164.

6 MORAIS, op. cit. p. 164.

Castro Nunes entendia ser inconciliável a ideia de revogação e inconstitucionalidade superveniente e defendia que a norma pré-constitucional em desconformidade com a nova Constituição deveria ser tratada como um ato puramente inconstitucional.⁷

Lúcio Bittencourt era adepto de uma posição conciliatória. Não descartava a ideia de revogação nem muito menos a de inconstitucionalidade. Para ele, a revogação era uma consequência da inconstitucionalidade.⁸ Esse mesmo entendimento foi perfilhado mais recentemente por José Afonso da Silva, para quem a “eficácia ab-rogativa das normas constitucionais, de todas elas, pode ser expressa ou tácita, por incompatibilidade verdadeiramente vertical, mas com uma solução de incompatibilidade horizontal”.⁹ Assim, entende que a Constituição de 1988 alberga a tese da *revogação por inconstitucionalidade*.

Não obstante a existência de tais entendimentos, o Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da Constituição de 1988, reafirmou o pensamento majoritário, tendo assentado, no julgamento da ADI 2, que o direito anterior incompatível com a nova Constituição era simplesmente revogado. Por esta razão, não conheceu da mencionada ADI, pois a ação direta de inconstitucionalidade destinava-se à declaração de inconstitucionalidade de uma lei e não para se fazer um juízo sobre a sua revogação.

O Ministro relator da ADI 2, Paulo Brossard, pautou-se na ideia de *nulidade da lei inconstitucional* para justificar a adoção da teoria da revogação como a melhor saída para o tratamento do fenômeno da incompatibilidade do direito anterior com a nova Constituição. Ateve-se àquela noção, trazida do direito americano por Rui Barbosa, de que a lei contrária à Constituição é como se não existisse. Então, questionou o Ministro Paulo Brossard:

Como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento, e conseqüentemente deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide.

E mais adiante salienta:

7 NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 603.

8 BITTENCOURT, A. C. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 133.

9 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 217-218.

A tese segundo a qual as leis anteriores à Constituição quando inconciliáveis com esta não são revogadas, mas são inconstitucionais e assim devem ser declaradas através do procedimento adequado, subverte a noção de inconstitucionalidade. [...] Segundo doutrina consagrada, é *ex tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgador não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. [...] Como poderia falar em efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei anterior à constituição, se ele coubesse, se ele não fosse, como é, um contra-senso? Ou teria de ser *ex nunc*? Teria de admitir-se dois tipos de inconstitucionalidade, um a produzir efeitos *ex tunc* outro a produzir efeitos *ex nunc*.

Como se nota, o dogma da nulidade do ato inconstitucional foi um dos argumentos decisivos para se concluir que o fenômeno seria caso de revogação, pois como todo ato inconstitucional seria nulo desde o seu nascimento, não se admitiria que tal ato tivesse produzido efeitos antes do advento do novo parâmetro constitucional, que deu causa à inconstitucionalidade superveniente.

No entanto, o tratamento do fenômeno da inconstitucionalidade pela ideia da nulidade há muito já se mostrou insuficiente. Sinais que evidenciam o reconhecimento desta insuficiência, no direito brasileiro, são o art. 27 da Lei 9.868/1999, que autoriza a modulação de efeitos em ADI, e a jurisprudência do próprio STF, mormente a partir do *leading case* RE 197.917, que passou a admitir a modulação de efeitos também em processos de controle de constitucionalidade concreto.

Assim, a ideia de revogação, firmada na ADI 2, assenta-se em uma concepção de inconstitucionalidade não mais em voga no direito brasileiro.

3.3 Decorrência do entendimento firmado na ADI 2

O julgamento da ADI 2 foi paradigmático, pois, a partir dele, o STF não mais conheceu de Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto fosse lei anterior à Constituição, ou seja, reduziu-se sobremaneira o objeto daquele instrumento processual e, conseqüentemente, negou à decisão que declarasse a desconformidade do direito anterior com a Constituição os efeitos gerais (*erga omnes*) corriqueiramente produzidos pela decisão tomada em sede de ADI.

Ainda como consequência desse julgamento, também se reafirmou o entendimento de que a declaração de não-recepção do direito anterior

com a nova Constituição não precisaria observar a cláusula da reserva de plenário (*full bench*) prevista no art. 97 da Constituição, segundo a qual a inconstitucionalidade de uma lei só deve ser declarada por voto da maioria absoluta dos membros de um tribunal.

E, uma terceira decorrência, que entra em contradição direta com a decisão tomada no RE 600.885, é a impossibilidade de se modular os efeitos da revogação de uma norma pré-constitucional pela Constituição. O STF, ao julgar uma série de recursos extraordinários, havia firmado entendimento neste sentido:

A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.

(STF, RE 353508, Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, 15/05/2007)

A despeito da existência deste e de diversos outros precedentes, negando taxativamente a modulação de efeitos da não-recepção, o STF, no julgamento do RE 600.885, modulou expressamente os efeitos da não-recepção. Mas ora, o entendimento de que o fenômeno se resolve por simples revogação também implica que a norma ordinária anterior contrária à nova norma constitucional é revogada imediatamente após a entrada em vigor do novo parâmetro constitucional.

Tal fato foi inclusive ressaltado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 2: “A incompatibilidade vertical superveniente de leis ordinárias anteriores, resultante da sua colidência com o novo ordenamento constitucional, gera a **imediata** revogação dos atos hierarquicamente inferiores.”

A ideia de modulação de efeitos contraria, assim, a própria noção de revogação, pois “todos efeitos produzidos por norma tacitamente revogada, após o momento da revogação, *seriam irremediavelmente ineficazes, sem possibilidade de salvaguarda.*”¹⁰

10 MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 168.

Assim, é inegável que o STF, ao modular os feitos da revogação do art. 10 da Lei 6.880/1980 pela Constituição de 1988, implicitamente, alterou o seu entendimento jurisprudencial a respeito da qualificação jurídica do ato pré-constitucional incompatível com a Constituição superveniente.

3.4 Desdobramentos da decisão do RE 600.885 na atuação da SGCT

Nota-se, assim, que o tratamento reducionista¹¹ da questão como simples revogação, trouxe à tona, portanto, a insuficiência da abordagem desse fenômeno simplesmente pelo viés da sucessão de leis no tempo. Ademais, a manutenção do antigo entendimento firmado na ADI 2, paralelamente às novas técnicas de decisão que vêm sendo adotadas pelo STF, na prática, acaba por mesclar os conceitos de revogação e inconstitucionalidade, atribuindo àquela traços distintivos da essência desta e, por conseguinte, subvertendo o próprio sentido técnico de cada um dos institutos.

Importante frisar que não se reacendeu, no julgamento do RE 600.885, a discussão do enquadramento da questão como revogação ou inconstitucionalidade. No entanto, nos próprios votos e debates os Ministros tratam do fenômeno, por vezes, não como revogação, mas sim expressamente utilizando a expressão “inconstitucionalidade superveniente”.¹²

Antes mesmo do julgamento do RE 600.885, já se via uma atenuação da tendência reafirmada no julgamento da ADI 2. Na ADI 3619, o STF permitiu o controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional que havia sido meramente compilada em norma pós-constitucional. Gilmar Mendes aponta, ainda, que o STF, ao apreciar a ADI 3833, que impugnou o Decreto Legislativo n. 444/2002 em face da EC n. 41/2003, afirmou que, a despeito de se cuidar de direito pré-

11 O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 2, já havia alertado para um dos problemas decorrentes do reducionismo que é tratar a questão como mera revogação: “Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvirte que tem por si a sedução da aparente simplicidade –, redundaria fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o País, até chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim da longa caminhada pelas vias frequentemente tortuosas do sistema de recursos”.

12 Quanto a este ponto, é de se salientar que o Ministro Gilmar Mendes fala do art. 10 da Lei 6.880/1980 como lei ainda constitucional em processo de inconstitucionalização, razão pela qual sugeriu, inclusive, que a Corte fizesse, naquele caso, um apelo ao legislador. Na mesma direção trilharam os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que falaram expressamente em inconstitucionalidade da referida norma.

constitucional, poderia aquela Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não-recepção do direito anterior.¹³

Neste processo gradual de viragem jurisprudencial, o julgamento do RE 600.885 se destaca, pois nele o fenômeno da incompatibilidade do direito pré-constitucional com a nova constituição foi tratado inequivocamente como inconstitucionalidade superveniente.

Neste novo cenário, vislumbram-se novos horizontes de atuação da SGCT. Isso porque, apesar de o STF, no RE 600.885, ter tratado o caso pelo viés da inconstitucionalidade, continua, por outro lado, a inadmitir recursos extraordinários por violação ao art. 97 da Constituição, quando o objeto de tais recursos implicam o cotejo de norma pré-constitucional e norma constitucional superveniente, ou seja, consideram não ser necessária a observância da reserva de plenário para declarar a desconformidade de direito anterior a 1988 com a Constituição¹⁴. Diante disto, abre-se uma nova perspectiva de atuação para a SGCT, uma vez que agora poderá recorrer para ver admitidos os recursos extraordinários da União por violação ao art. 97, nos quais se questionam a compatibilidade de direito pré-constitucional com a Constituição de 1988.

Outra possibilidade é reavivar o debate quanto à utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade como instrumento de controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional. Abre-se espaço também para discutir um possível esvaziamento do papel da ADPF no tocante à sua atribuição de também servir ao controle do direito pré-constitucional. Tal instrumento, regulado pela Lei 9.882/1999, que já vinha sendo timidamente utilizado - em comparação aos outros instrumentos de controle de constitucionalidade -, pode cair ainda mais em desuso depois do alcance que se deu à decisão proferida no RE 600.885.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusões, pode-se dizer que o julgamento do RE 600.885 é significativo na comemoração dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal e nos 10 anos da Secretaria-Geral de Contencioso.

Como foi visto, a atuação da SGCT, ao articular as necessidades do Poder Executivo perante o Supremo Tribunal Federal, permitiu que aquela Corte, valendo-se das modernas técnicas de decisão da Justiça Constitucional, conferisse ao Poder Legislativo tempo hábil para edição

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1179.

14 Neste sentido, merecem destaque as recentes decisões monocráticas, que negaram seguimento a recursos da União: ARE 652.658, RCL 14.736, AI 776.887, dentre outros.

das leis que fixaram os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas. É de se ver, portanto, que a atuação da SGCT não se limitou à defesa judicial da União, mas também fomentou o diálogo institucional dos Poderes, essencial para o equilíbrio da República.

Por fim, foi visto que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600.885, embora não explicitamente, mudou, quase 25 anos após a promulgação da Constituição de 1988, a sua jurisprudência há muito sedimentada a respeito da qualificação dos atos pré-constitucionais incompatíveis com a Lei Maior. E esse julgamento do RE 600.885 representou, a um só tempo, um dentre vários exemplos de atuações bem-sucedidas da SGCT nesses primeiros 10 anos de existência, como também a criação de um solo fértil para a discussão de futuras possibilidades de atuação da Secretaria-Geral de Contencioso nos anos que ainda vêm.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, A. C. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade Pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos Dez Anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987.

