

# INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ANALISANDO OS *FACIAL* E *AS-APPLIED CHALLENGES*

Aluna: Isabel Martins Barbosa

Orientador: Fábio Leite

## 1. Introdução

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é híbrido, inovador em sua construção teórica e desbravador nas adversidades que surgiram de sua aplicação prática. A razão disso é a junção do sistema estadunidense e do europeu, unindo em um só sistema o controle concreto-difuso e o abstrato-concentrado. Embora possa parecer que há uma divisão clara entre eles, o funcionamento de ambos passa por uma crescente dialética, que pode ser exemplificada pela criação relativamente recente da Ação Declaratória de Constitucionalidade. É precisamente dessa dialética que surgem muitos dos problemas que se busca combater, tal como frequente o uso de conceitos obscuros e aleatórios no campo do controle de constitucionalidade.

Foi uma preocupação constante na confecção desta pesquisa o entendimento das diferenças dos sistemas de controle de constitucionalidade estadunidense e brasileiro, o primeiro estando inserido na tradição jurídica da *common law* e o segundo na romano-germânica. Assim sendo, qualquer tentativa de traçar paralelos intuitivos entre os conceitos analisados de *facial* e *as-applied challenges* – a grosso modo entendidos como uma inconstitucionalidade na legislação em si e em uma determinada aplicação sua, respectivamente – e os controles concreto-difuso e abstrato-concentrado brasileiros deve ser encarada com muito cuidado, pois frequentemente tais tentativas estarão equivocadas.

Muitos desses equívocos ocorrem em função de uma má compreensão dos efeitos das decisões tomadas pelo STF em sede dos controles concreto-difuso e abstrato-concentrado e pela Suprema Corte dos EUA nos casos que chegam a ela. Quanto a isso, cabe um breve esclarecimento de Luís Roberto Barroso<sup>1</sup> antes do início da investigação aqui empreendida:

“No direito norte-americano, de onde se transplantara o modelo de controle incidental e difuso, as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Isso é válido inclusive, e especialmente, para os julgados da Suprema Corte. Desse modo, o juízo de inconstitucionalidade por ela formulado, embora relativo a um caso concreto, produz efeitos gerais. Não assim, porém, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigente não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal Federal.”<sup>2</sup>

Assim, é preciso compreender que todas as decisões de controle de constitucionalidade dos EUA partem de casos concretos, o que nem sempre acontece no Brasil. Ademais, o fato

---

<sup>1</sup> BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 155.

<sup>2</sup> Luís Roberto Barroso, ao dizer que no Brasil não se atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, o faz em um capítulo do seu livro dedicado ao controle de constitucionalidade por via incidental. Naturalmente, portanto, é às decisões judiciais do controle concreto-difuso que ele está se referindo.

de as decisões em sede de controle concreto-difuso no Brasil terem eficácia *inter partes* não faz delas uma analogia aos *as-applied challenges*. Nos *as-applied challenges*, uma determinada aplicação da lei pode ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Já nos casos que chegam ao STF pelo controle concreto-difuso, é a própria lei que pode ser declarada inconstitucional – o fato de o efeito da decisão ter eficácia *inter partes* não significa que apenas aquela aplicação seja inconstitucional, conforme indica a própria possibilidade de o Senado Federal subsequentemente suspender a execução da lei, no todo ou em parte.

## 2. Objetivos

O presente trabalho pretende destacar o papel da linguagem – mais especificamente da construção argumentativa – no processo de interpretação e controle constitucional. Para tanto, recorre à análise de importantes conceitos jurídicos estadunidenses, muito trabalhados por julgadores e críticos daquele país. Espera-se que o estudo dos *facial* e *as-applied challenges* possa ser útil a uma melhor compreensão do fenômeno da inconstitucionalidade como ele se apresenta no Brasil, especialmente em razão de os referidos conceitos serem debatidos com grande abstração, encadeamento lógico e esforço argumentativo. Em que, afinal, consiste o fenômeno da inconstitucionalidade? É possível que uma lei seja constitucional em tese e inconstitucional em alguma de suas aplicações?

Além disso, destaca-se que as complexas questões surgidas da dialética entre os planos abstrato-concentrado e concreto-difuso no âmbito de controle de constitucionalidade brasileiro não têm tido muito destaque nas empreitadas doutrinárias recentes. O que se vê mais comumente são estudos ainda fragmentados que se propõem a focar suas análises ou no controle concreto-difuso, ou no abstrato-concentrado. O resultado disso é que muitos fenômenos jurídicos interessantes deixam de ser estudados, e mais que isso: problemas dos mais variados resultantes da mencionada dialética são mal-interpretados e, conseqüentemente, mal resolvidos. Se o presente trabalho chamar a atenção para isso já terá, em parte, alcançado um dos seus objetivos.

Se além disso ele destacar que muitos dos problemas ainda sorrateiros do sistema brasileiro provêm não apenas de falhas no seu desenho institucional, mas de implicações linguísticas que ensejam problemas lógico-argumentativos, terá tido ainda mais sucesso. As questões ligadas a isso vão desde as vantagens de um debate intelectualmente honesto até as dificuldades de se considerar *todos* os desdobramentos possíveis de um determinado cenário – algo não raro no mundo jurídico –, passando pela necessária construção de um Poder Judiciário mais aberto, plural e democrático do que o que se tem hoje, no qual os mais diversos atores da sociedade possam estabelecer um diálogo produtivo entre si e elevar o patamar da argumentação jurídica.

## 3. Metodologia

Dadas as ressalvas já feitas, cabe uma breve explicação metodológica. A presente pesquisa começou a ser gestada em agosto de 2012, quando iniciamos as reuniões voltadas ao estudo da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade brasileiros. O estudo que havíamos começado então, focado na análise do desenho institucional estadunidense e dos trabalhos críticos que vinham sendo produzidos naquele país, foi interrompido por um ano para melhor aproveitar as possibilidades de pesquisa oferecidas pelo intercâmbio acadêmico que eu estava por iniciar na Espanha. Passado esse período, julgamos que seria proveitoso retornar às origens de nossa empreitada.

Dessa forma, a metodologia do presente trabalho consiste em analisar o desenho institucional estadunidense no que tange aos *facial* e *as-applied challenges* através de textos acadêmicos produzidos majoritariamente nos Estados Unidos. Cabe destacar que não se busca

apenas uma compreensão do seu funcionamento em si, como também um entendimento do que vem sendo discutido e problematizado por estudiosos do direito daquele país quanto ao tema. Para tanto, foi reunida uma bibliografia a partir principalmente de indicações de professores universitários estadunidenses, a qual foi analisada em busca de contribuições críticas ao sistema brasileiro.

Primeiramente, serão analisadas as divergências nos conceitos dos *facial* e *as-applied challenges*, de modo a ressaltar a importância de um solo conceitual comum. Em seguida, serão analisados três conjunturas – duas relativas aos EUA e uma ao Brasil – em que se acredita que haja complicações derivadas das dificuldades de se considerar todos os desdobramentos possíveis de uma questão. Isso será feito através do estudo da chamada doutrina da divisibilidade, dos *facial challenges* em roupagem de *as-applied challenges* e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, em especial com relação à sua *causa petendi*.

## 4. Resultados

### 4.1. A importância de um solo conceitual comum

O cenário constitucional brasileiro, conforme dito, vem sendo marcado cada vez mais por questões polêmicas envolvendo os planos abstrato-concentrado e concreto-difuso de controle de constitucionalidade. Críticas são frequentemente – e legitimamente – feitas à atuação do Supremo Tribunal Federal quanto a essa esfera, por suas construções doutrinárias e metodológicas por vezes obscuras e aleatórias.

Tais confusões não são, porém, exclusividade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Na pesquisa aqui empreendida, verificou-se que o poder Judiciário dos EUA, e em especial a sua Suprema Corte, tampouco escapa às críticas relativas à falta de clareza conceitual, o que pode gerar insegurança no sistema<sup>3</sup>. No que tange à esfera do controle de constitucionalidade, talvez essa confusão seja mais evidente no debate – tanto na Suprema Corte dos EUA quanto no meio acadêmico – sobre as doutrinas do *facial* e do *as-applied challenges*. A latência do desencontro de variados atores em defini-las é algo curioso diante da frequência de sua utilização em julgamentos de destaque no país.

À primeira vista, talvez os conceitos de *facial* e *as-applied challenges* possam parecer relativamente simples. Intuitivamente, alguém poderia definir um *facial challenge* como um questionamento relativo à constitucionalidade de uma lei em abstrato e um *as-applied challenge* como um relativo à constitucionalidade de uma lei em sua aplicação concreta. Em seguida, alguém poderia então dizer que um *facial challenge* é aquele em que se alega que a lei é inconstitucional em si mesma e, portanto, nula, enquanto um *as-applied challenge* seria aquele em que se alega que uma aplicação específica da lei é inconstitucional.

Embora tal definição possa parecer intuitiva e satisfatória, ela dá ensejo a alguns problemas. Seria possível que, ainda no plano abstrato, apenas uma parte da lei em questão tivesse a sua constitucionalidade atacada? Seria possível que uma aplicação hipotética dessa mesma lei fosse contestada antes de apresentar-se efetivamente em um caso concreto? Com relação a uma perspectiva temporal, seriam os *facial challenges* necessariamente questionamentos prévios à aplicação da lei e os *as-applied challenges* questionamentos posteriores a ela? Essas perguntas demonstram a complexidade da questão. As respostas dadas a ela por acadêmicos e pelos *Justices*<sup>4</sup> da Suprema Corte dos EUA, por sua vez, demonstram a disparidade conceitual no uso desses dois termos.

Em um artigo em que empreende uma defesa dos *facial challenges* em prol de legislaturas mais responsáveis e da proteção de direitos individuais, Caitlin Borgmann

<sup>3</sup> Tais confusões e insegurança no sistema podem ser exemplificadas pelos casos McConnell e WRTL que chegaram à Suprema Corte, que serão trabalhados mais adiante.

<sup>4</sup> Um *Justice* da Suprema Corte dos EUA é análogo a um Ministro do STF.

destaca<sup>5</sup> a falta de consenso no que diz respeito aos dois conceitos. Ela exemplifica sua afirmação dizendo que outro autor, Michael Dorf, já teria até mesmo sugerido que a distinção entre as duas terminologias por si só mais atrapalha do que ajuda e que a Suprema Corte dos EUA já teria feito uso do mesmo termo para se referir a coisas analiticamente distintas. A gravidade do problema se torna ainda maior em face do uso relativamente frequente de ambos os termos em decisões emblemáticas em matéria constitucional.

Segundo ela, o termo “*as-applied*” já teria sido empregado para se referir a um pedido pela inconstitucionalidade de algumas aplicações da lei, assim como para se referir a um pedido pela inconstitucionalidade da aplicação da lei apenas à parte que levanta o pedido. O termo “*facial challenge*”, por sua vez, já teria sido usado para definir pedidos pela inconstitucionalidade prévios à aplicação de uma lei, embora seja possível que alguém faça um pedido pela inconstitucionalidade prévio à aplicação de uma lei somente no que diz respeito à maneira como esta se aplica à tal pessoa. O mesmo termo, ainda, teria sido frequentemente usado no sentido da completa invalidação de uma lei, apesar de a Suprema Corte dos EUA já ter contemplado um tipo de *facial challenge* relativo apenas a algumas de suas possíveis aplicações.

Caitlin Borgmann prefere<sup>6</sup> dividir pedidos pela inconstitucionalidade de uma lei entre aqueles prévios à aplicação dela e aquelas posteriores a essa aplicação. O primeiro grupo abrangeria os pedidos em que o requerente busca a total invalidação da lei; aqueles em que ele alega que a lei opera de forma inconstitucional no que tange a uma porção de aplicações ou contextos, não distinguidos linguisticamente na lei em si; e aqueles em que a parte alega a inconstitucionalidade da lei apenas no que diz respeito ao seu próprio caso. O segundo grupo também abrangeria os pedidos pela inconstitucionalidade total, limitada e específica a um caso, porém posteriores à aplicação da lei. Para a autora, todos os pedidos pela inconstitucionalidade prévios à aplicação de uma lei, inclusive aqueles específicos a um caso, seriam um *facial challenge*, já que a ausência de fatos referentes a uma real aplicação sua faria com que ela fosse mensurada pelo seu texto.

Já Kevin Walsh contesta<sup>7</sup> a concepção de que os *facial* e *as-applied challenges* seriam dois tipos diferentes de pedidos pela inconstitucionalidade e de que haveria uma doutrina específica a ser usada em situações abarcadas por um ou outro grupo. Ele concorda com a visão de outro autor, Richard Fallon, de que esses dois termos não denotam categorias distintas de questionamento constitucional. Todos os pedidos pela inconstitucionalidade seriam, na verdade, *as-applied*, na medida em que sustentam que uma lei não pode ser validamente aplicada contra determinado litigante. Os *facial challenges* seriam apenas aqueles *as-applied challenges* que investigam a exequibilidade de uma lei em todas as suas aplicações.

Para David Franklin<sup>8</sup>, por sua vez, um *as-applied challenge* seria aquele em que a Corte<sup>9</sup> deve determinar se a conduta da parte que o levanta é protegida pela reivindicação válida de um direito constitucional. Já um *facial challenge* seria aquele em que a Corte deve determinar se a conduta do requerente é regulada por uma lei constitucionalmente permissível. A distinção entre *facial* e *as-applied challenges* não seria uma particularidade do pedido do requerente, mas uma função da doutrina constitucional substantiva. Quando os testes doutrinários aplicáveis apontarem para atributos que operam no nível da lei –

---

<sup>5</sup> BORGSMANN, C. E. Holding legislatures constitutionally accountable through facial challenges. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 563-610. 2008-2009. p. 569 e 570.

<sup>6</sup> Ibid. p. 571.

<sup>7</sup> WALSH, K. C. Frames of reference and the “turn to remedy” in facial challenge doctrine. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 667-688. 2008-2009. p. 667.

<sup>8</sup> FRANKLIN, D. L. Looking through both ends of the telescope: facial challenges and the Roberts Court. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 689-716. 2008-2009. p. 689, 715 e 716.

<sup>9</sup> A utilização do termo “Corte” sozinho se referirá à Suprema Corte dos EUA.

principalmente no que tange ao propósito legislativo –, o pedido provavelmente terá a natureza de um *facial challenge*.

Outro autor, Larry Alexander, sustenta<sup>10</sup> que nos *facial challenges* toda a regra é constitucionalmente enferma, pelos mais variados motivos: um predicado ilegítimo para a sua aplicação, abrangência excessiva em face de uma fronteira constitucional vaga, um conflito com direitos fundamentais reprodutivos e sexuais, etc. Já os *as-applied challenges* seriam, segundo o autor, mais complexos: eles seriam, na prática, um pedido às cortes de emenda à lei, no sentido de que uma lei emendada para ter removidas suas aplicações inconstitucionais passaria a ser válida. É preciso presumir, aqui, que a legislatura que a promulgou teria preferido que a lei fosse emendada a ser invalidada em sua totalidade<sup>11</sup>.

Como se nota, a tensão entre os conceitos de *facial* e *as-applied challenges* é um bom exemplo dos problemas gerados pela falta de clareza conceitual. Afinal, como se posicionar perante a Suprema Corte se os seus precedentes muitas vezes são conflitantes com relação a isso? Como identificar com segurança a derrubada de um precedente por outro se as diferenças de entendimento desses conceitos – e as suas implicações lógicas – nem sempre se fazem claras? Como estabelecer um diálogo produtivo entre os *Justices* da Suprema Corte e estudiosos críticos para aparar as arestas do controle de constitucionalidade?

Essas perguntas explicitam as dificuldades que podem resultar da ausência de um solo comum para o debate, não só nos EUA como em qualquer outro país, por exemplo o Brasil. É essencial que os agentes do debate explicitem o que entendem por determinado conceito, pois é isso que dá margem ao estabelecimento de um diálogo honesto com os críticos. É importante também que, em decisões colegiadas, se saiba exatamente o que cada um dos membros entendeu por determinado conceito, de forma a avaliar adequadamente os fundamentos para os quais caminha o tribunal todo, uma maioria ampla, ou uma maioria apertada. Fundar o debate em conceitos obscuros torna as decisões judiciais menos democráticas e inviabiliza um debate honesto com a sociedade.

## 4.2. O problema de se considerar todos os desdobramentos possíveis

### 4.2.1. A doutrina da divisibilidade

Ao tratar da questão dos *as-applied challenges*, Larry Alexander faz<sup>12</sup> o seguinte experimento de pensamento:

“Pensemos em *as-applied challenges* da seguinte maneira: considere que uma regra R proíba praticar o ato A em circunstâncias C. Considere, ainda, que C abranja diversas circunstâncias possíveis (C<sub>1</sub>, C<sub>2</sub>, C<sub>3</sub>... C<sub>N</sub>). E considere também que aplicar R a A em algumas dessas circunstâncias – digamos, C<sub>4</sub> e C<sub>5</sub> – viole os direitos constitucionais daqueles que praticam A nessas circunstâncias. Finalmente, considere que a regra R' – ‘é proibido praticar A em C exceto em C<sub>4</sub> e C<sub>5</sub>’ – não tenha aplicações inconstitucionais. Então um *as-applied challenge* a R é um *challenge* a R que deve mantido apenas nas circunstâncias C<sub>4</sub> e C<sub>5</sub>, resultando no fato de que R agora será interpretado como idêntico a R'.”<sup>13</sup>

<sup>10</sup> ALEXANDER, L. There is no First Amendment overbreadth (but there are vague First Amendment doctrines); prior restraints aren't “prior”; and “as applied” challenges seek judicial statutory amendments. *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 439-454. 2010-2011. p. 447.

<sup>11</sup> No apêndice de seu artigo referido acima, Larry Alexander dialoga com Kevin Walsh sobre a doutrina da divisibilidade, as dificuldades práticas de se presumir a vontade legislativa e as alternativas possíveis. As implicações dessas alternativas se mostram relevantes para este trabalho e serão discutidas mais adiante.

<sup>12</sup> ALEXANDER, L. There is no First Amendment overbreadth (but there are vague First Amendment doctrines); prior restraints aren't “prior”; and “as applied” challenges seek judicial statutory amendments. *Constitutional Commentary*, v. 27, p. 439-454. 2010-2011. p. 448.

<sup>13</sup> Tradução livre.

O autor argumenta<sup>14</sup> a partir desse experimento que a Corte, ao derrubar apenas essas duas aplicações de R, acabou por emendá-la. Ou melhor, ela reconheceu que a própria Constituição limita R a R' e optou por deixar R' em vigor. A questão, aqui, é que a Corte então só deveria considerar um *as-applied challenge* nos casos em que acreditasse que a legislatura pretendia que a lei fosse divisível, e divisível nos pontos exatos em que se pede à Corte que a divida. É necessário, portanto, presumir que a legislatura preferiria que a lei seguisse em vigor com seu conteúdo reduzido do que ela fosse anulada.

A chamada doutrina da divisibilidade<sup>15</sup> já foi usada pela Suprema Corte dos EUA em sua análise dos *as-applied challenges*, defendida por alguns autores e criticada por outros. Logo de início, já é possível detectar um problema nessa teoria: a dependência no que a legislatura *preferisse* que fosse feito – seja o que Larry Alexander chama de uma emenda judicial, seja a anulação de outras partes da lei ou da lei como um todo. Trata-se, portanto, de um entendimento que pressupõe uma hipótese contrafactual.

Larry Alexander reserva uma parte final de seu artigo para dialogar<sup>16</sup> com Kevin Walsh, que havia discordado de sua análise de divisibilidade anteriormente. Ele ressalta uma das primeiras preocupações de Kevin Walsh, qual seja justamente a dificuldade contrafactual que se apresentaria aos julgadores. Larry Alexander reconhece a problemática e vai mais além: ele diz que a questão seria difícil até mesmo se a legislatura explicitamente tomasse a lei por indivisível, devendo ser inaplicável no caso de alguma de suas aplicações ser declarada inconstitucional.

Essa preocupação de Larry Alexander é o que se mostra mais interessante para os propósitos desta pesquisa: a razão para tal dificuldade subsistir diante de uma declaração da própria legislatura pela indivisibilidade da lei é que, se o primeiro caso que surgir envolver uma aplicação constitucionalmente válida, o julgador não terá como autorizá-la até considerar *todas* as aplicações possíveis e concluir que *nenhuma* delas é inconstitucional. Kevin Walsh propõe uma solução para as dificuldades da divisibilidade, mas Larry Alexander ressalta que a proposta levantada pelo colega não resolve essa dificuldade.

O que Kevin Walsh propõe é uma abordagem de “deslocamento”: o controle constitucional não envolveria a eliminação de leis ou de partes delas, mas o deslocamento das leis – leis inferiores – diante de um conflito, e apenas na extensão deste, entre elas e a Constituição – lei superior. A lei permaneceria em vigor, a menos que a legislatura também tivesse promulgado uma “lei de apoio”, ou seja, uma lei especificando o que devesse ser feito no caso de uma aplicação de uma lei ser considerada inconstitucional. Assim, a divisibilidade seria o resultado de uma diretriz explícita da legislatura, não uma adivinhação contrafactual da intenção legislativa pelo Judiciário.

Larry Alexander diz que a proposta de “deslocamento e lei de apoio” de Kevin Walsh seria, na verdade, uma presunção conclusiva de divisibilidade na ausência de uma lei de apoio. A menos que a legislatura especificasse a indivisibilidade e a sua extensão, nenhuma aplicação de uma lei deveria ser derrubada apenas por outra de suas aplicações ser inconstitucional. Tal presunção conclusiva de divisibilidade realmente facilitaria a vida de um julgador confrontado com uma sub-regra constitucional de uma lei, após outra sub-regra dessa mesma lei ter sido considerada inconstitucional. No entanto, ela não facilitaria a vida de um julgador quando houvesse uma lei de apoio pela indivisibilidade de uma lei, a sub-regra em questão fosse constitucional e nenhuma outra sub-regra dessa mesma lei houvesse sido ainda considerada inconstitucional.

O problema permanece: o julgador ainda teria que examinar todo o conjunto de sub-regras da lei para verificar uma possível inconstitucionalidade antes de julgar o caso que se

---

<sup>14</sup> Ibid. p. 448.

<sup>15</sup> “Severability doctrine”, no original.

<sup>16</sup> Ibid. p. 452 e 453.

apresenta a ele. Trata-se, por óbvio, de uma impossibilidade lógica – há uma infinidade de aplicações possíveis das leis, dado que há uma infinidade de casos concretos que podem ser abarcados por elas. Mesmo que fosse viável fazer uma análise de todas as possibilidades de aplicação da lei em um determinado momento, o que por si só já parece ser uma tarefa hercúlea, impossível diante da falibilidade humana, haveria sempre a chance de uma nova circunstância fática englobada pela lei em questão surgir.

Larry Alexander prossegue, ressaltando que uma presunção conclusiva de divisibilidade não afastaria por si só a necessidade de supor a vontade legislativa, a não ser que ela estivesse amparada por outras presunções. Isso ocorreria quando a adaptação necessária para a aplicação constitucional da norma tivesse mais de um caminho possível. Por exemplo, considerem-se leis que ofendam a proteção constitucional à igualdade por não estenderem os mesmos benefícios ou obrigações a todos quando a Constituição assim o exige. Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade judicialmente, a questão da solução adequada permaneceria aberta: os benefícios ou obrigações deveriam passar a abarcar o grupo antes não contemplado ou deveriam eles ser retirados do grupo que já era contemplado? Novamente, talvez a resposta estivesse em um plano contrafactual ou em uma nova presunção por um dos dois caminhos.

Assim, Larry Alexander conclui que a proposta de Kevin Walsh não é incompatível com a sua própria proposta. Mais do que contrariá-la, a proposta do seu colega foca em tentativas de determinar a divisibilidade que não através da adivinhação da intenção legislativa.

#### 4.2.2. Os julgamentos de *facial challenges* em roupagem de *as-applied challenges*

David Franklin, ao se debruçar sobre os *facial challenges* na Roberts Court<sup>17</sup>, analisa<sup>18</sup> um fenômeno que ele chama de “julgamentos de *facial challenges* em roupagem de *as-applied challenges*”. Segundo esse autor, muitas das decisões da Suprema Corte dos EUA adotam a linguagem típica dos *as-applied challenges*, embora a sua argumentação se direcione à lógica dos *facial challenges*. Ele o define como uma técnica versátil, que permitiu à Suprema Corte dos EUA rejeitar *facial* e *as-applied challenges* e manter-se aberta a futuros *as-applied challenges*, ao mesmo tempo em que parecia manter precedentes que rejeitassem o desfecho pretendido.

David Franklin prossegue – talvez rumo à parte que mais interessa a esta pesquisa – dizendo que um subproduto dessa técnica é a validação em um *facial challenge*, na qual a Corte sustenta a validade de uma lei não só contra aquele questionamento, mas, em termos de efeitos práticos, também contra todos os futuros questionamentos. Sua linha argumentativa é que, quando a doutrina constitucional substantiva dita o foco em atributos tais como a intenção legislativa que operam no nível da lei em si e não de suas várias aplicações, o resultado esperado é um julgamento de *facial challenge* – e a questão-chave é que ele poderia produzir tanto validações quanto invalidações.

Para melhor compreender como ocorrem os julgamentos de *facial challenges* com roupagem de *as-applied*, é útil recorrer aos exemplos aos quais recorreu<sup>19</sup> David Franklin. Trata-se de três exemplos sobre financiamento de campanha, todos nos quais se questionou a seção 203 da Lei de Reforma à Campanha Bipartidária. A referida seção proíbe empresas e sindicatos de usarem fundos das suas tesourarias gerais para financiar comunicação eleitoral,

---

<sup>17</sup> A “Roberts Court” é a Suprema Corte dos EUA em sua composição desde 2005, sob a liderança do *Chief Justice* John Roberts.

<sup>18</sup> FRANKLIN, D. L. Looking through both ends of the telescope: facial challenges and the Roberts Court. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 36, n. 4, p. 689-716. 2008-2009. p. 690 e 691.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 704-706.

definidas como qualquer comunicação que fizer referência a um candidato a cargo federal exibida dentro de 30 dias das eleições primárias ou 60 dias das eleições gerais.

O primeiro caso a ser analisado é o caso McConnell, de 2003. Nele, a Corte avaliou um *facial challenge* que alegava a inconstitucionalidade da seção 203 devido à sua excessiva abrangência em face da Primeira Emenda, por abarcar tanto propagandas eleitorais (“Vote contra o Senador X”) quanto propagandas de questões políticas amplas (“Ligue para o Senador X e diga a ele como você se sente sobre a ajuda a Wall Street”). A Corte negou a inconstitucionalidade levantada pelo *facial challenge*, sob o fundamento de que a barreira entre os dois tipos de propaganda era muito permeável para ter qualquer relevância face à Primeira Emenda e de que as empresas poderiam financiar campanhas eleitorais através de comitês especiais de ação política.

O segundo caso é o Wisconsin Right to Life Inc. (“WRTL”), no qual uma corporação que pretendia exibir propagandas de questões políticas amplas citando candidatos a cargos federais levantou um *as-applied challenge* contra a seção 203. Uma corte de apelação rejeitou o caso com base em uma nota do precedente McConnell em que a Corte mantinha todas as aplicações da definição primária de comunicação eleitoral. A Corte, porém, reverteu a rejeição do caso, esclarecendo que a nota do precedente McConnell simplesmente significava que a definição legal era válida no *facial challenge* com relação às disposições de financiamento e divulgação da lei em questão, não que todos os *as-applied challenges* à seção 203 haviam precluído.

O terceiro caso é a apreciação pela Corte, agora com uma nova composição, da questão de mérito levantada pela Wisconsin Right to Life Inc. (“WRTLII”). Ela não só julgou procedente o *as-applied challenge* pela inconstitucionalidade daquela determinada aplicação da seção 203, como também deu a entender que de ali em diante todos os questionamentos relativos a propagandas de questões políticas amplas levantados por empresas seriam bem-sucedidos. Três *Justices* que haviam votado pela inconstitucionalidade no *facial challenge* no precedente McConnell mantiveram suas opiniões. Contudo, a maioria argumentou que, em face da Primeira Emenda, as propagandas só deveriam ser entendidas como equivalentes a propagandas eleitorais – e, portanto, como proibidas pela seção 203 – se não fossem passíveis de nenhuma outra interpretação razoável que não um apelo pelo voto favorável ou contrário a um candidato específico.

A questão aqui, conforme destacada por David Franklin, é que se supõe que nenhuma empresa com mínima assessoria jurídica levaria adiante uma propaganda que não tivesse *nenhuma* outra interpretação razoável que não aquela, o que faria com que qualquer tentativa de aplicação da seção 203 a propagandas de questões políticas mais amplas esbarrasse em uma barreira constitucional intransponível. Sempre haveria outra interpretação razoável possível. O autor opina ainda que o *Chief Justice* Roberts, que proferiu o voto seguido pela maioria, indubitavelmente sabia das implicações da sua argumentação.

David Franklin chama atenção para o fato que, no julgamento de WRTLII, em sua opinião dissidente da maioria, *Justice* Scalia destacou que muitos juízes da Corte, tendo posições amplamente diferentes quanto à constitucionalidade das restrições em questão, concordaram que WRTLII efetivamente derrubava o precedente McConnell sem dizê-lo abertamente. Com um tom firme e um tanto acusatório, *Justice* Scalia concluiu que a falsa contenção judicial que estava tomando forma era uma ofuscação judicial.

Parece que ele chamou de “falsa contenção judicial” a improcedência da inconstitucionalidade levantada em um *facial challenge* e a procedência da inconstitucionalidade levantada nos *as-applied challenges* que se seguiram, levando a um resultado prático virtualmente igual devido à argumentação usada. David Franklin sustenta que a Corte está atenta a esse uso estratégico do modelo tradicional – que prioriza *as-applied*



*challenges* em detrimento de *facial challenges* – e da retórica que o acompanha<sup>20</sup>. Utilizando-se de um discurso supostamente modesto, dado que decisões pela inconstitucionalidade são vistas como mais radicais e nocivas à democracia nos *facial challenges* do que nos *as-applied challenges*, a Corte teria alcançado tanto uma equivalência dos efeitos da inconstitucionalidade em um *facial challenge* quanto a derrubada de um precedente relevante<sup>21</sup>.

Entendido como funciona essa técnica, passa-se ao entendimento de que ela pode também resultar em um julgamento pela validade de uma lei ou de suas aplicações. David Franklin a exemplifica<sup>22</sup> com o caso Raich, em que os requerentes tinham doenças graves e usavam cannabis medicinal cultivada localmente. Embora isso fosse permitido pelas leis estaduais da Califórnia, a classificação da substância pela lei federal não admitia o seu uso medicinal. Na corte de apelação, os requerentes foram bem sucedidos ao argumentarem que a aplicação da lei federal a eles era inconstitucional porque excedia o poder regulatório do Congresso abrangido pela Cláusula de Comércio Interestadual da Constituição.

A Corte, porém, discordou desse entendimento e reconheceu que estava diante de um *as-applied challenge*. Ela argumentou que a lei federal em questão estabelecia um regime abrangente de regulação de um bem para o qual havia um mercado interestadual. O Congresso poderia usar seu poder regulatório sobre qualquer subclasse de atividades que ele racionalmente concluísse ser parte essencial de um regime regulatório mais amplo, mesmo que as atividades fossem elas mesmas locais e não comerciais por natureza. Esse caso validou a lei federal para fins da Cláusula de Comércio Interestadual com os efeitos práticos de um *facial challenge*, apesar de ter girado em torno de um *as-applied challenge*.

A validação com efeitos práticos de um *facial challenge* da lei federal em questão acaba por se erguer diante não só do *as-applied challenge* desse caso, mas diante de todos os *as-applied challenges* que estiverem por questionar a sua constitucionalidade em face da Cláusula de Comércio Interestadual. A constitucionalidade da lei federal acabou não sendo sustentada apenas com relação às circunstâncias do caso, mas com relação a todos os casos futuros que poderiam – pelos mais diversos fundamentos fáticos ou jurídicos – questionar a sua compatibilidade com a referida cláusula constitucional.

Naturalmente, pode ser que esse precedente venha a ser derrubado no futuro pelo surgimento de um caso que coloque em xeque tal constitucionalidade. Por ora, porém, parece que a decisão da Corte no caso Raich segue esbarrando nas dificuldades lógicas de se avaliar um leque de circunstâncias atuais e futuras que possam pôr em xeque a constitucionalidade da lei federal em face da Cláusula de Comércio Interestadual.

#### **4.2.3. A ADC no Brasil e a questão da *causa petendi***

No Brasil, uma importante questão relativa ao problema de se considerarem todos os desdobramentos possíveis envolve a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), especialmente a sua *causa petendi* aberta.

Ao tratar do tema, Fábio Leite destaca<sup>23</sup> que, embora a ideia de a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) possuir causa de pedir aberta guarde algum sentido, tal ideia perderia quase que completamente o sentido na ADC, excepcionada apenas a hipótese de se julgar improcedente a ação por fundamento diverso daquele que gerou a controvérsia judicial. Ele ressalta que a ADC tem como propósito pôr fim a uma controvérsia judicial acerca da

---

<sup>20</sup> FRANKLIN, D. L. Looking through both ends of the telescope: facial challenges and the Roberts Court. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 36, n. 4, p. 689-716. 2008-2009. p. 715.

<sup>21</sup> *Ibid.* p. 707.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 707 e 708.

<sup>23</sup> LEITE, F. C. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. Manuscrito.

constitucionalidade de uma lei federal ou parte dela – as decisões judiciais pela inconstitucionalidade que deram ensejo à controvérsia, por sua vez, não invalidam a lei perante toda a Constituição, mas diante de um ou alguns dispositivos constitucionais específicos, a depender do caso.

Assim, segundo o autor, o STF deveria apenas analisar a constitucionalidade da lei quanto ao ponto levantado para discussão e não simplesmente aproveitar a oportunidade para afirmar – no caso de julgada procedente a ação – a constitucionalidade do ato normativo em face dos demais dispositivos constitucionais que sequer haviam sido objeto de interpretação pelas instâncias ordinárias. O autor foca a sua argumentação na incoerência de se exigir do proponente demonstração de controvérsia judicial relevante e, ao mesmo tempo, aceitar que o STF ultrapasse os limites do que foi decidido pelas instâncias ordinárias. Isso seria colocar um fim a controvérsias inexistentes e atribuir à referida exigência caráter meramente formal, quando a própria doutrina costuma associá-la à legitimidade da ADC em si.

Como se vê, a ideia de uma *causa petendi* aberta na ADC, por permitir uma análise de constitucionalidade que extrapole os fundamentos alegados pelo proponente, implica a verificação da constitucionalidade do ato normativo ou parte dele não apenas em face de uma parte específica da Constituição, mas diante de *toda* a Constituição. Isso gera, naturalmente, um problema lógico: mesmo que fosse possível analisar em abstrato um ato normativo ou parte dele em *todas* as suas possibilidades de aplicação diante de *toda* a Constituição – o que já pressuporia julgadores hercúleos –, trata-se de uma impossibilidade lógica admitir que a previsão de *todas* as possibilidades futuras também houvesse sido levada em consideração. Esbarrar-se-ia no problema de que, na prática, sempre haverá possibilidades não contempladas e, mais ainda, possibilidades sequer ora existentes.

Assim, para além do legítimo argumento levantado por Fábio Leite referente à necessidade de o STF respeitar os limites do que foi decidido nas instâncias ordinárias, a questão também se mostra problemática do ponto de vista lógico-argumentativo. Nesse quesito, há algumas semelhanças com as problemáticas apresentadas anteriormente relativas à doutrina da divisibilidade e aos *facial challenges* com roupagem de *as-applied*. Em todos esses casos, esbarra-se nas dificuldades inerentes ao esgotamento de possibilidades presentes e futuras necessário à sustentação de determinado raciocínio jurídico.

Cabe, ainda, uma ressalva: ainda que tal dificuldade se apresente de forma latente na ADC entendida com *causa petendi* aberta, o caso apresentado por David Franklin para exemplificar um *facial challenge* com roupagem de *as-applied* pode abrir portas para discussões futuras ainda mais complexas. No exemplo usado por esse autor, a Corte, para todos os efeitos práticos equivalentes ao de um *facial challenge*, declara a validade de uma lei diante *de uma parte específica da Constituição*, não apenas diante do caso apresentado, como também diante de todos os futuros casos que possam surgir. David Franklin talvez não tenha dado muita importância às implicações lógicas da técnica que descreve por estar mais preocupado em apontar a existência da validação de uma lei com efeitos de um *facial challenge*, já que se trata de uma construção não ortodoxa no sistema estadunidense.

Inicialmente, a ADC parece merecedora de atenção nesse quesito apenas se a sua *causa petendi* for aberta. Uma análise mais cuidadosa do fenômeno observado por David Franklin, porém, pode levantar preocupações ainda mais incipientes. Como se sabe, o que o proponente busca na ADC, mesmo que se admita a *causa petendi* fechada, é uma declaração de constitucionalidade de determinado ato normativo ou parte dele em face de dispositivos específicos da Constituição. Admitindo-se que há um problema lógico na validação com efeitos de um *facial challenge* de uma lei federal em face de uma parte específica da Constituição, então parecerá haver também um problema na afirmação da constitucionalidade de um ato normativo ou parte dele diante de uma parte específica da Constituição em sede de

ADC, mesmo que levadas em conta as diferenças inerentes a ambos os sistemas de controle de constitucionalidade.

O sistema estadunidense de controle de constitucionalidade, a exemplo do próprio caso apresentado por David Franklin, parte sempre de casos concretos. Já o brasileiro caracteriza-se por ser um sistema híbrido, unindo tanto o controle abstrato-concentrado quanto o concreto-difuso, o que possibilita que – diferentemente de nos EUA – um ato normativo ou parte dele chegue à análise do STF em sua forma abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto. Ainda assim, o problema lógico subsiste às diferenças estruturais: no caso apresentado por David Franklin, a questão é que poderiam surgir casos concretos que ensejassem uma aplicação inconstitucional da lei federal em voga, e inconstitucional diante da mesma cláusula da Constituição específica enquadrada na validação em forma de *facial challenge* anterior; na ADC, a questão é que poderiam surgir casos concretos que ensejassem a inconstitucionalidade do ato normativo em voga ou parte dele antes não vislumbrados abstratamente pelo STF, e uma inconstitucionalidade diante da mesma parte específica da Constituição enquadrada na ADC anterior.

Por óbvio, o julgamento de uma ADC gira em torno de hipóteses abstratas, dado se tratar de uma ação objetiva desvinculada de qualquer caso concreto. No entanto, a análise da constitucionalidade de um ato normativo ou parte dele frente a um determinado dispositivo constitucional passará pela análise hipotética dos seus efeitos e da sua compatibilidade com as previsões constitucionais. De fato, parece inconcebível que se analise um ato normativo – ou até que se elabore um – sem que se imagine os casos aos quais ele se aplicará. Pode ser que uma lei seja inconstitucional antes mesmo de ela ser aplicada, mas essa inconstitucionalidade sempre vislumbrará uma possível aplicação. Assim, mesmo que a declaração de constitucionalidade em sede de ADC seja restrita a um dispositivo constitucional específico, há a possibilidade de o ato normativo ser futuramente aplicado de uma forma que o prove inconstitucional diante desse mesmo dispositivo.

Essa linha de pensamento pode suscitar questões a serem exploradas que tentem mediar a importância institucional da ADC e os problemas lógicos inerentes à afirmação da constitucionalidade de um ato normativo diante de um dispositivo constitucional em todos os seus possíveis usos abrangidos nesse enquadramento. Tampouco se pode ignorar que, quanto mais amplo for o dispositivo constitucional em face do qual se declara a constitucionalidade do ato normativo na ADC, maior será a chance de o ato normativo em questão ter implicações não antecipadas pelo STF que maculem a sua constitucionalidade em face desse mesmo dispositivo. Inversamente, quanto mais restrito for o dispositivo constitucional, menores serão as chances de implicações não antecipadas virem à tona.

Talvez a resposta esteja justamente nessa gradação e na busca por um equilíbrio razoável. Não se pode eliminar inteiramente a possibilidade de surgirem desdobramentos não antecipados, já que as previsões feitas nunca podem ser inteiramente acuradas frente a um plano fático que se renova a cada dia. De modo semelhante, não se mostraria viável eliminar a ADC do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, dado que ela já está razoavelmente bem estabelecida e parece estar alcançando o seu propósito, qual seja o de afastar a incerteza que poderia resultar do entendimento divergente de juízes e tribunais quanto à constitucionalidade de uma mesma norma no controle concreto-difuso, ainda que o STF já tivesse se manifestado pela constitucionalidade incidentalmente ou em sede de ADI<sup>24</sup>.

### 4.3. Conclusões

A presente pesquisa evidenciou a imprescindibilidade de um solo conceitual comum no debate do controle de constitucionalidade. Embora isso tenha sido ilustrado primeiramente

---

<sup>24</sup> LEITE, F. C. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. Manuscrito.

por polêmicas surgidas no cenário estadunidense – mais exatamente pela tensão existente entre os conceitos de *facial* e *as-applied challenges* –, não é difícil imaginar situações igualmente complicadas no Brasil. O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, frequentemente é utilizado por julgadores, advogados e doutrinadores de maneira díspar e obscura. Isso faz com que, embora todos pareçam estar fazendo referência ao mesmo conceito, eles estejam na realidade se referindo muitas vezes a conceitos distintos que, logicamente, carregam implicações igualmente distintas.

Outra importante conclusão desta pesquisa deriva justamente do estudo de decisões judiciais da Suprema Corte dos EUA, já que isso proporcionou a inserção em um ambiente argumentativo diferente daquele a que se está habituado. O material bibliográfico utilizado parece indicar um maior esforço argumentativo da Corte do que geralmente se vê no STF, visto ser frequente que os *Justices* rebatem argumentos uns dos outros, assim como dos advogados que sustentam diante deles. Embora o problema da falta de um solo conceitual comum também tenha se mostrado proeminente lá, como se viu com os *facial* e *as-applied challenges*, foi justamente esse esforço argumentativo que ensejou a grande variedade de estudos críticos sobre a natureza e o uso desses conceitos.

Assim, fica evidente a importância tanto da clareza conceitual quanto do esforço argumentativo para o estabelecimento de um debate produtivo com a comunidade jurídica e a sociedade como um todo. Ao explicitarem exatamente o que querem dizer por determinado conceito e qual referencial pretendem utilizar, os aplicadores do direito caminham rumo a decisões mais bem fundamentadas e a críticas mais construtivas, de modo que se estabeleça um efetivo diálogo entre os gabinetes, escritórios e a veia crítica da doutrina. O solo conceitual comum – em que todos saibam efetivamente do que se fala – propicia um cenário judicial intelectualmente honesto e plural, em que cada vez mais atores têm a chance de contribuir para o aprimoramento das decisões tomadas.

Em um viés mais prático, a presente pesquisa investigou teorias e institutos jurídicos que dependiam de uma consideração de *todos* os fatores relevantes para um determinado fim, tanto os presentes quanto os futuros. No Brasil, essa investigação levou a interessantes reflexões sobre a ADC. Ainda que as considerações a esse respeito sejam infinitamente mais latentes na hipótese de *causa petendi* aberta, elas não são menos sugestivas na hipótese de *causa petendi* fechada. Afinal, o problema apresentado tem natureza filosófica e parece levantar questionamentos válidos que se estendem desde os referenciais constitucionais mais amplos aos mais restritos. Conforme já foi dito, talvez a melhor saída para isso passe pelo entendimento da gradação dessa amplitude, caminho esse frutífero para futuras investigações.

Ao final, viu-se que os problemas relativos à falta de clareza conceitual, à dificuldade de se considerar todos os desdobramentos possíveis e à construção de um Judiciário mais aberto e plural guardam relação com a argumentação no controle de constitucionalidade. A falta de clareza conceitual e coerência argumentativa inviabiliza um diálogo transparente e produtivo; a difícil avaliação dos desdobramentos possíveis faz com que cada pessoa, quando confrontada com a mesma problemática, considere uma gama diferente de hipóteses; e a ausência de um solo comum para o debate afasta as contribuições críticas capazes de elevar o patamar das discussões no Judiciário.

O caminho para a melhora talvez não passe apenas por reformas institucionais, mas também pela reflexão sobre o uso da linguagem.

## 5. Referências

[1] ALEXANDER, L. There is no First Amendment overbreadth (but there are vague First Amendment doctrines); prior restraints aren't "prior"; and "as applied" challenges seek judicial statutory amendments. **Constitutional Commentary**, v. 27, p. 439-454. 2010-2011.

[2] BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

[3] BORGMANN, C. E. Holding legislatures constitutionally accountable through facial challenges. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 563-610. 2008-2009.

[6] FRANKLIN, D. L. Looking through both ends of the telescope: facial challenges and the Roberts court. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 689-716. 2008-2009.

[4] LEITE, F. C. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. Manuscrito.

[5] WALSH, K. C. Frames of reference and the “turn to remedy” in facial challenge doctrine. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 36, n. 4, p. 667-688. 2008-2009.