

## A REFORMA DO JUDICIÁRIO — A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1994 — PARTE I\*

NELSON A. JOBIM\*\*  
GILMAR FERREIRA MENDES\*\*\*

### *Introdução*

Atento à crise por que passava o Supremo Tribunal Federal, ocasionada pelo grande número de ações incompatíveis não só com a sua importância, como também com a sua estrutura, o constituinte de 1988 procurou reconduzir aquela Corte a sua condição primeira de Corte Constitucional.

Com efeito, o constituinte de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça, tinha especialmente em vista desonerar a Corte Suprema, liberando-a, do julgamento de certas questões, como por exemplo, os recursos hoje denominados “especiais”, interponíveis contra decisões prolatadas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios que contrariem tratado ou lei federal ou neguem-lhes vigência, que julguem válida lei ou ato de governo local contestado em face da lei federal ou dêem à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Na verdade, o pretendido alívio não se deu, ocorrendo antes o contrário.

Dados estatísticos oficiais bem evidenciam a chamada “crise” do recurso extraordinário. Exatamente após a Constituição de 1988, o quantitativo de processos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, relativos àquele recurso, multiplicaram-se por cinco em relação aos números anteriores, como se vê no quadro a seguir:

\* O presente texto baseia-se, quase na sua integralidade, em Parecer apresentado pelo Deputado Nelson Jobim como Relator da Revisão Constitucional (Parecer nº 27, de 17.03.94).

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Maria — RS, ex-Deputado Federal, Relator da Revisão Constitucional (1994), é Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso

\*\*\* Procurador da República, Professor da UnB, ex-Assessor da Relatoria da Revisão Constitucional (1994), Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (1988), Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990).

ANO	Nº DE PROCESSOS	ANO	Nº DE PROCESSOS
1977	2.020	1986	4.179
1978	2.022	1987	3.089
1979	1.661	1988	2.342
1980	1.707	1989	1.754
1981	2.499	1990	10.833
1982	3.421	1991	10.247
1983	2.086	1992	16.697
1984	3.274	1993	12.274
1985	3.734	1994	15.428
		1995*	6.949

\* A estatística considera os feitos propostos até 23/06/95.

Por outro lado, a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial — ainda que não desejada — no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

Ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), a Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias (Cf. Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, p. 107; Walter Jellinek, *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, VVDStRL 2 (1925), p. 8 (43)).

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, no período anterior à promulgação da Constituição, se se cogitava de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle, resultando o controle direto algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, passando as questões constitucionais a serem veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou ainda de forma profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais passem a ser solvidas, na sua maioria, mediante a utilização desse típico instrumento do controle concentrado.

Considerando tais circunstâncias, operou-se, durante o processo especial de revisão constitucional, a formulação de propostas com vistas a corrigir incongruências relativas às decisões e à competência de nossa mais alta corte.

### *Propostas de Reforma da Constituição na Revisão de 1994*

#### *1. Autoridades submetidas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal — Art. 102, I, “b”, “d” e “i”*

No Substitutivo apresentado pela Relatoria da Revisão Constitucional propôs-se fosse incluído no rol das autoridades submetidas à jurisdição do Supremo Tribunal Federal o Advogado-Geral da União (art. 101, I, “b”). Tratava-se apenas de colmatar omissão do texto original da Constituição, uma vez que as altas funções desempenhadas pelo Advogado-Geral da União recomendam que se lhe reconheça o foro qualificado do Supremo Tribunal.

Propôs-se, ainda, fosse suprimida a referência ao *habeas corpus* na alínea “d”, uma vez que a matéria está contemplada integralmente na alínea “i” do referido inciso.

Pareceu oportuno fosse adotada também proposta destinada a esclarecer que compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* quando o coator originário fosse um Tribunal Superior. Resolver-se-ia, assim, polêmica propiciada pelo texto atual, que permitiu fossem impetrados *habeas corpus* contra decisão de Tribunais de Justiça, Tribunais de Alçada e Tribunais Regionais Federais junto ao Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 317, Relator Ministro Octávio Gallotti, RTJ 141/711).

Na fórmula proposta, caberia ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* apenas quando Tribunal Superior fosse o *coator originário*.

**2. Competência para processar ações populares contra autoridades cujos atos estejam submetidos à jurisdição da Corte — Art. 102, I, “d”**

Sustentou-se, no Substitutivo apresentado pela Relatoria, fosse conferida ao Supremo Tribunal competência para processar e julgar as ações populares propostas contra as autoridades cujos atos estejam submetidos à jurisdição da referida Corte.

A impugnação de atos de autoridades submetidas à jurisdição de Cortes Superiores, mediante ação popular, tem dado ensejo a uma proliferação de ações pelos mais diversos recantos do País.

Assinale-se que, além de inviabilizar uma adequada defesa, tal prática configura grave distorção, por submeter atos praticados no exercício do cargo à jurisdição ordinária de primeiro grau.

**3. Competência para suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade — Art. 102, I, “r”**

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A ausência de disposição expressa no texto constitucional sobre a competência para o processo e julgamento dessas ações tem permitido que elas sejam ajuizadas perante a Justiça Federal de primeiro grau.

Considerando a gravidade das sanções previstas no referido dispositivo, que em muito se assemelham aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado — suspensão dos direitos políticos (CF, art. 15) —, afigura-se necessário, *até para evitar o risco de pronunciamentos incongruentes*, que a ação relativa aos atos de improbidade administrativa praticados por autoridades ou funcionários seja apreciada pelo mesmo órgão jurisdicional competente para processar e julgar as ações criminais pertinentes.

**4. Cautelar em ação direta de constitucionalidade — Art. 102, I, alínea “p”**

Embora a questão pudesse ser resolvida mediante esforço hermenêutico, tal como já ocorrera anteriormente com a liminar na representação de inconstitucionalidade (Rp. nº 933 — Liminar —, Rel. Ministro Thompson Flores, RTJ 76/342; Cf., também, voto divergente do Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 76/345), pareceu recomendável que, em homenagem à segurança jurídica, se explicitasse, desde logo, essa competência do Supremo Tribunal Federal.

**5. Recurso Extraordinário e Recurso Especial — Conflito entre lei federal e lei local — Art. 102, III, “d”**

O constituinte de 1988 entendeu que a referência à lei federal obrigava à transferência dessa matéria para o âmbito da competência recursal do Superior

Tribunal de Justiça, uma vez que o problema envolveria simples *questão legal*, não mais submetida, no novo modelo, à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Raciocínio semelhante foi desenvolvido em relação à representação para fins de intervenção, no caso de recusa à aplicação do direito federal (art. 36, IV).

Um exame mais detido do tema certamente teria demonstrado que essas controvérsias são, em verdade, típicas controvérsias constitucionais, porque envolvem discussão sobre a validade de lei local em face da lei federal, contemplando, na sua essência, discussão sobre competências legislativas dos entes políticos.

Já o clássico João Barbalho assinalava que o recurso extraordinário, nesse caso, destinava-se a corrigir “as exorbitâncias e usurpações da autoridade estadual legislativa ou executiva”, defendendo a federal, “*que de outra sorte ficaria anulada, perdendo a supremacia que lhe cabe quanto aos assuntos de sua competência*” (Constituição Federal Brasileira, Commentários, 1902, p. 246).

O tema mereceu, posteriormente, a reflexão abalizada de Victor Nunes Leal, tendo por fundamento o texto constitucional de 1946:

*“Confere, porém, a nossa Constituição (art. 101, III, “c”) recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal nas causas em que “se contestar a validade de lei ou ato dos governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado”. As constituições anteriores continham o mesmo dispositivo, com pequena diferença de redação. Em face dessa norma, não se deve, porém, concluir “que o Supremo deva sempre prover o recurso para julgar inválidas” as leis estaduais.*

*Esse caso de recurso é autorizado com base exclusivamente na presunção de constitucionalidade das leis federais. A aplicação da lei estadual pelo tribunal local contra uma lei federal contém, implícita ou explicitamente, uma declaração de inconstitucionalidade da norma federal. Num conflito entre a lei federal e a estadual, a primeira só pode ser preterida por motivo de inconstitucionalidade. Mas, como em favor da lei federal milita a presunção de constitucionalidade, remete-se a questão ao Supremo Tribunal Federal, que é o órgão judiciário mais autorizado para interpretar a Constituição” (Victor Nunes Leal, Leis Federais e Leis Estaduais, in Problemas de Direito Público, Rio de Janeiro, 1960, p. 109 (128).*

Orientação semelhante já vinha sendo sustentada por Gonçalves de Oliveira, como se pode ver na seguinte passagem de estudo sobre o tema:

*“Não existe, em princípio, uma supremacia da lei federal. O que existe é uma supremacia da lei federal ou estadual decorrente da competência legislativa atribuída à União ou aos Estados. O problema é, antes, de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis. Em verdade, se a União legisla sobre matéria que a Constituição não relaciona como de sua competência, essa lei não prevalecerá em conflito com a lei estadual, porque a União, nessa hipótese, terá decretado lei inconstitucional. (...) Destarte, do fato de caber recurso extraordinário quando forem julgadas válidas leis estaduais em face das leis da União não decorre, necessariamente, que o Supremo deva sempre prover o recurso para julgar inválidas as primeiras. O problema, como se verifica, não é da prevalência da lei federal, mas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis” (Hierarquia das Leis e*

*Competência Legislativa da União e dos Estados, Revista Arquivos do Ministério da Justiça, nº8 (1944), p. 42 (46).*

Nenhuma dúvida havia então de que se cuidava, na hipótese, de uma típica questão constitucional, que, por isso, se submetia à apreciação do Supremo Tribunal.

Digna de transcrição afigura-se, igualmente, a seguinte passagem do primoroso texto de Victor Nunes Leal:

*“Por conseguinte, o recurso extraordinário com fundamento na letra “c” (aplicação de lei estadual contestada em face da Constituição ou de lei federal) resolve-se, em última análise, no caso da letra “b” do art. 101, III: “quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do tribunal negar aplicação à lei impugnada”.*

*Nesta última hipótese, ainda é a presunção de constitucionalidade da lei federal que fundamenta o recurso. Se a decisão da justiça local aplica a lei federal questionada, o recurso não cabe, porque aquela presunção foi acolhida pelo julgado. Se a lei federal deixou de ser aplicada, então cabe o recurso, porque o tribunal local contrariou a presunção de constitucionalidade da lei federal, devendo pronunciar-se a respeito o órgão mais qualificado, que é o Supremo Tribunal Federal.*

*A diferença entre os dois casos está em que, na hipótese da letra “b”, a lei federal deixa de ser aplicada por declaração expressa de sua inconstitucionalidade, ao passo que, na hipótese da letra “c”, na qual também se deixa de lado a lei federal para aplicar a estadual, a inconstitucionalidade da norma federal pode estar contida de modo apenas implícito no julgado recorrido. Mas num ou noutro caso, o que ocorre é a não aplicação da lei federal por motivo de inconstitucionalidade, motivo que estará expresso numa hipótese, mas que na outra estará expresso ou implícito” (Victor Nunes Leal, op. loc. cit.).*

Portanto, as hipóteses previstas na alínea “c” do art. 101, III, da Constituição de 1946, referentes ao conflito entre ato normativo estadual e lei federal, eram e haveriam de ser consideradas como casos de inconstitucionalidade ou, pelo menos, como de *controvérsia constitucional*.

A ressalva é importante, tendo em vista sobretudo a convivência entre Poderes federais e estaduais no âmbito da competência concorrente.

Em tempos mais modernos, já sob o império da Constituição de 1967/1969, a questão foi assim apreciada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*“É óbvio que o direito local contrário à Constituição federal é inconstitucional e como tal inválido, não podendo prevalecer contra ela. Entretanto, o conflito entre a lei federal e o direito local não pode ser resolvido de modo simplista, com o prevalecimento daquele. De fato, a Constituição reparte competências entre a União, os Estados e Municípios. Assim, o direito local, editado na esfera própria, com respeito à Constituição, prevalece contra a lei federal que estiver invadindo competência estadual ou local, que for, portanto, inconstitucional. Pode ocorrer, ainda, fora desse caso extremo, que na esfera concorrente, por exemplo naquela em que à lei federal cabe estabelecer normas gerais e ao direito estadual as adaptações necessárias (vide art. 8º, XVII, “c”), aquela tenha descido a pormenores, não podendo prevalecer sobre a competência dos Estados. Aí não se preferirá o direito federal ao local” (Comentários à Constituição Brasileira, São Paulo, 1986, p. 478).*

Criticando a inserção da alínea “b” do art. 105, III, da nova Constituição, entre os casos de recurso especial, observou o Ministro Moreira Alves:

*“ (...) as questões da validade de lei ou de ato normativo de governo local em face de lei federal não são questões de natureza legal, mas sim constitucional, pois se resolvem pelo exame de existência, ou não, de invasão de competência da União, ou, se for o caso, do Estado. Hipóteses que deveriam, portanto, dar margem, não a recurso especial, mas a recurso extraordinário, pela sistemática adotada para a divisão de competência entre o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Esse equívoco (...) provavelmente se originou da circunstância de que a questão de lei ou de ato normativo municipal ou estadual contestado em face de lei federal aparentemente (ou melhor, literalmente) se circunscreveria ao campo da legislação não-constitucional. Mas, graças a ele, criaram-se, em verdade, para a mesma questão constitucional, quatro graus de jurisdição sucessivos: dois ordinários (o do juiz singular e o do Tribunal local ou regional) e dois extraordinários (o do Superior Tribunal de Justiça, para julgar o recurso especial que necessariamente terá de ser interposto, pois ainda não se trata de decisão de única ou última instância a admitir recurso extraordinário; e o do Supremo Tribunal Federal para apreciar o recurso extraordinário contra o decidido, a propósito, no recurso especial, certo como é que se trata de matéria constitucional, sobre a qual cabe à Corte Suprema a palavra final” (in: O Supremo Tribunal em face da Nova Constituição, Arquivos do Ministério da Justiça, nº 173, p. 35 (40)).*

Não se pode negar, tal como argutamente percebido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que essa concepção se assenta na sistemática de “*repartição horizontal de competências*”, que consiste na discriminação das matérias em dois círculos, entregues a título de competência exclusiva, um à ordem central e o outro, a cada uma das ordens estaduais, no limite do território respectivo (Cf. RE 117.809, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 129/456).

Todavia, ao lado desse método geral de distribuição de competências, adotam as Constituições, no regime federativo, também a *repartição vertical de competência*, para utilizar conceito desenvolvido por Machado Horta (Autonomia do Estado-Membro, Belo Horizonte, 1964, p. 53), “*que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União e os Estados-membros, estabelecendo um condomínio legislativo consoante regras constitucionais de convivência*” (Op. cit., p. 53).

É de admitir-se, outrossim, que se possa identificar simples questão legal, como asseverado por Sepúlveda Pertence, “*quando, sem discutir a competência da União e a prevalência devida da lei federal, cuidar-se de interpretá-la, de modo a aferir a validade do provimento local que lhe deva obediência*” (RTJ 129/462).

Essa assertiva afigura-se irretorquível sobretudo se se tem em vista a simples aferição de legitimidade de ato local de caráter singular ou concreto em face da lei federal.

Em se tratando porém de competência concorrente entre União e Estado, a comparação entre a lei federal e a lei estadual é indispensável, para se aferir a esfera de atuação de um e de outro ente no âmbito desse “*condomínio legislativo*”, não havendo como deixar de reconhecer, uma vez mais, que, também aqui, se cuida de *questão constitucional de competência*.

Em síntese, como o confronto entre as leis federal e estadual se faz, na generalidade dos casos, não para verificar se a lei estadual violou a lei federal, mas sim para constatar se houve, ou não, invasão de competência por parte da lei local, vê-se que a questão é de *constitucionalidade* ou de *inconstitucionalidade* e não de *legalidade* (Cf., também, Agravo de Instrumento nº 132.755, Relator Ministro Moreira Alves).

Não há dúvida, assim, de que o constituinte de 1988 deixou-se seduzir pela expressão literal do texto normativo anterior, conferindo, efetivamente, ao Superior Tribunal de Justiça competência para examinar controvérsia constitucional típica.

Dessa forma, em nome até mesmo da pureza e higidez do sistema que se pretendeu instituir entre nós com a criação do Superior Tribunal de Justiça, afigura-se recomendável que as controvérsias sobre a competência legislativa da União e dos Estados (eventualmente dos Municípios), por serem questões constitucionais, voltem a integrar a competência do Supremo Tribunal Federal. Questões relativas ao controle de legalidade de atos locais de efeito concreto continuarão submetidas ao Superior Tribunal de Justiça.

Essas razões foram determinantes para que se recomendasse a outorga ao Supremo Tribunal de competência para conhecer da questão, em recurso extraordinário, quando a decisão recorrida “*julgar válida lei ou ato normativo local contestado em face de lei federal*”, confiando-se ao Superior Tribunal de Justiça atribuição para apreciar, em recurso especial, a decisão do Tribunal *a quo* que *julgar válido ato de governo local contestado* — entendido aqui como ato concreto — *em face de lei federal*.

#### 6. Eficácia “*erga omnes*” e efeito vinculante das decisões proferidas na ação direta de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Publicação das Decisões no Diário Oficial da União — Art. 102, § 2º

O parágrafo segundo do art. 102 da Lei Maior, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, trouxe duas inovações ao direito brasileiro: a criação da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a concessão de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nessa ação.

A instituição das ações declaratórias de constitucionalidade objetivou criar mais um instrumento de controle da constitucionalidade dos atos normativos. Essa nova ação demonstrou ser de grande valia, sobretudo para a Administração Pública, possibilitando a concentração da defesa do ato normativo em um único tribunal.

A simples criação das ações declaratórias de constitucionalidade, contudo, apesar de possibilitar, em tese, a pacificação do entendimento sobre a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, não teria o condão de livrar o Poder Público de novas ações judiciais propostas em instâncias inferiores.

Essa dificuldade foi sanada pela concessão de *efeito vinculante* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas citadas ações declaratórias de constitucionalidade.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, não estendeu à ação direta de inconstitucionalidade o efeito conferido à recém-criada ação declaratória de constitucionalidade. Esse tratamento diferenciado não se justifica, porquanto as ações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade se prestam, em verdade, a um mesmo objetivo: a investigação da compatibilidade da norma infraconstitucional com o texto da Lei Maior.

Parece oportuno, assim, estender à ação direta de inconstitucionalidade, expressamente, o efeito vinculante e a eficácia contra todos. A consagração, no texto constitucional, dessa última somente viria, aliás, a ratificar a pacífica construção jurisprudencial, que confere às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade eficácia *erga omnes*.

A expressa referência à necessidade de publicação das decisões no Diário Oficial visa a dar àquelas decisões a necessária publicidade.

### *7. Distribuição de competências entre STF e STJ: Existência de duplo fundamento, um legal e outro constitucional — Art. 102, § 3º*

A divisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça levada a efeito pela Constituição de 1988 não logrou resolver a difícil questão que surge quando a decisão recorrida se baseia em dois fundamentos suficientes, um legal e outro constitucional.

Nesses casos, têm entendido o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça que o recorrente há de impugnar a decisão pelos dois fundamentos, na utilização do recurso especial e do recurso extraordinário (Cf., a propósito, Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal — RE nº 141.790, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 15.04.94; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 147957, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 14.05.93; STJ — RESP nº 2.607, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 25.06.90; RESP nº 2.942, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ, 03.09.90).

A questão revela-se assaz problemática quando se indaga sobre a possibilidade de conflito entre as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Que decisão há de prevalecer se o Superior Tribunal de Justiça der provimento ao recurso especial interposto? Subsiste a decisão do Superior Tribunal de Justiça, julgando-se prejudicado o recurso extraordinário? E se o Superior Tribunal de Justiça nega provimento ao recurso especial, poderia o Supremo acolher o recurso extraordinário interposto, ainda que arrostando a coisa julgada relativa à questão legal?

É especialmente ilustrativo para se entender a extensão da *vexata questio* que se estabeleceu acerca do referido tema, voto proferido em 11 de maio de 1993, na I Seção, do Superior Tribunal de Justiça, pelo ilustre Ministro Pádua Ribeiro, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 24.929-0/SP, *in verbis*:

*“Em casos como o presente, o acórdão impugnado acha-se apoiado, basicamente, em fundamento constitucional (violação ao princípio da isonomia). Para*

*acolher tal fundamento, tem afastado, implicitamente, fundamento infraconstitucional (leis de isenção devem ser interpretadas restritivamente — CTN, art. 111, II).*

*Consoante se verifica, qualquer dos fundamentos é suficiente, por si só, para manter o julgado. Por isso mesmo nessa hipótese, se a União Federal não manifesta recurso extraordinário, transita em julgado o seu fundamento constitucional. Em decorrência, o recurso especial interposto perde a sua eficácia, pois não poderá, mesmo se provido, reformar o aresto do Tribunal a quo. Daí ser inadmissível.*

*A outra possibilidade é a que ora ocorre. Houve recurso extraordinário, cuja subida à Colenda Suprema Corte está na dependência de agravo de instrumento, manifestado pela União contra o despacho que o inadmitiu (fls. 160).*

*Nesse caso, duas hipóteses podem ocorrer: o agravo é desprovido ou, então, o respectivo recurso extraordinário não conhecido ou desprovido; ou o agravo é provido e, também, o recurso extraordinário. No primeiro caso, a decisão do Supremo é prejudicial à apreciação do recurso especial. Com efeito, enseja o trânsito em julgado do fundamento constitucional. Se esta Corte examinar, previamente, o recurso especial, dando-lhe ou negando-lhe provimento, terá atuado em vão.*

*Só no outro caso, ou seja, de o Supremo afastar o fundamento isonômico, com o provimento do recurso extraordinário pela União, é que aflora a oportunidade desta Corte julgar de forma eficaz o recurso especial: dando-lhe provimento, decide a favor da União, negando-lhe provimento, em prol do contribuinte.” (Ementa in DJ 07.06.93, p. 11.230)*

São muitas as dificuldades para solver o problema-limite que decorre da existência de duas Cortes competentes para conhecer da mesma questão, uma no que se refere à alegação de negativa de vigência do direito federal ordinário, e outra para conhecer de questões constitucionais.

Um estudo criterioso sobre a questão há de identificar pelo menos três situações específicas:

- a) a decisão baseia-se em dois fundamentos suficientes *per se* e autônomos;
- b) a decisão baseia-se em dois fundamentos suficientes *per se*, mas intimamente vinculados;
- c) a decisão baseia-se em dois fundamentos aparentemente suficientes *per se*.

Enquanto, na última hipótese, identificam-se os casos de inconstitucionalidade reflexa ou mediata, que, por envolver diretamente questão legal, refoge à competência do Supremo Tribunal Federal, os dois casos anteriormente referidos — (a) e (b) — configuram inequívocas hipóteses de duplo fundamento que, na sistemática atual, dão ensejo, necessariamente, a recurso especial e a recurso extraordinário.

É certo que, assentando o acórdão recorrido, inequivocamente, em duplo fundamento sobre a mesma questão, um legal e outro constitucional, não se poderia sequer cogitar de provimento do recurso especial interposto, *porque, na sistemática atual, não é dado ao Superior Tribunal de Justiça rever a decisão da questão constitucional do tribunal inferior, restando, por isso, sempre o fundamento constitucional suficiente à preservação do julgamento da lide* (Cf. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 145.589-7, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ, 24/6/94, p. 16.652).

De resto, nesses casos, “*a revisão pelo STJ, em recurso especial, da solução do Tribunal a quo às questões suscitadas na instância ordinária, de duas uma: ou*

*implicaria usurpação de competência do STF, se interposto paralelamente o recurso extraordinário, ou se, não interposto, a ressurreição de matéria preclusa”* (Cf. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 145.589-7, DJ, 24/6/94, p. 16.652).

É fácil ver que o modelo positivado em 1988 ressen-te-se de grave defeito, que está a reclamar, por isso, solução urgente.

Certo é que o legislador constituinte poderia introduzir modificação radical, atribuindo competência ao Superior Tribunal de Justiça para conhecer, em recurso especial, também das questões constitucionais. Nessa hipótese, o recurso extraordinário, no caso da matéria decidida em grau recursal pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça, somente seria cabível da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, tal como já se verifica em relação ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Tribunal Superior do Trabalho.

Embora essa solução parecesse a mais ortodoxa e racional, não há qualquer dúvida de que a sua adoção acabaria por institucionalizar quatro instâncias, no caso de controvérsia constitucional, o que representaria, na maioria dos casos, um retrocesso em relação ao modelo atual.

Assim, tendo em vista a necessidade de superar o grave problema surgido com a criação do Superior Tribunal de Justiça e considerando os inconvenientes apontados sobre a adoção da solução alternativa mais plausível, acolheu o Substitutivo proposta no sentido de se atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer, em recurso extraordinário, das questões suscitadas, quando a decisão recorrida assentar, sobre a mesma questão, em dois fundamentos suficientes *per se*, um legal e outro constitucional.

#### **8. Cautelar Limite de eficácia da decisão — Art. 102, § 4º**

Pareceu conveniente acolher, ainda, proposta que limitava em cento e oitenta dias a eficácia das liminares concedidas nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, exigindo-se que, salvo no período de recesso, as decisões concessivas de cautelar sejam tomadas pela maioria absoluta dos membros do Tribunal.

A referida proposta tinha por escopo não apenas acelerar o julgamento das ações diretas nas quais venham a ser concedidas medidas cautelares, mas também evitar que medidas cautelares, de extrema gravidade, sejam concedidas por decisão de uma maioria eventual.

A modificação referida visava, portanto, à preservação da harmonia entre os Poderes, evitando decisões pessoais, voluntaristas ou precipitadas.

#### **9. Ação Direta de Inconstitucionalidade: Legitimação do Governador do Distrito Federal, da Câmara Distrital e dos Partidos políticos representados — Art. 103, IV, V e VIII**

O Substitutivo da Relatoria recomendou fosse acolhida proposição destinada a explicitar que a ação direta de inconstitucionalidade pode ser também intentada pela

Câmara Distrital ou pelo Governador do Distrito Federal. Trata-se de aperfeiçoamento do texto constitucional, uma vez que o próprio Supremo Tribunal já reconheceu a legitimação do Governador do Distrito Federal para propor a ação direta (ADIn nº 645-2, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 21.02.92, p. 1.693; ver, também, ADIn nº 665, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 24.04.92, p. 5.376).

## 10. O Direito de Propositura dos Partidos Políticos

Da mesma forma, tendo em vista uma adequada qualificação dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, para a instauração do controle abstrato de normas, ofereceu-se proposta no sentido de que o direito de propositura fosse assegurado apenas àquelas agremiações com representação não inferior a cinco por cento em uma das Casas do Congresso Nacional.

É de Kelsen a observação de que, ao lado da relevante missão de assegurar a regularidade da atividade estatal, cumpria também à jurisdição constitucional proteger a minoria contra os abusos da maioria.

Vale registrar a sua lição a respeito:

*“Accanto a questo significato generale comune a tutte le costituzioni, la giurisdizione costituzionale ha pure una importanza speciale, che varia a seconda dei tratti caratteristici di ciascuna costituzione. Questa importanza è di ordine assolutamente primario per una repubblica democratica, della quale le istituzioni di controllo sono una condizione di essitenza. Il modo migliore con cui questa forma di governo può difendersi dai vari attacchi in parte giustificati che attualmente le vengono mossi è proprio quello di organizzare tutte le possibili garanzie della regolarità delle funzioni statali. Più essa si democratizza, più deve esservi rafforzato il controllo. La giurisdizione costituzionale dev'essere apprezzata anche da questo punto di vista. In quanto assicura la formazione costituzionale delle leggi ed in particolare la loro costituzionalità materiale, essa è un mezzo di protezione efficace della minoranza contro gli abusi della maggioranza. Il dominio di quest'ultima è sopportabile solo se viene esercitato in modo regolare. La specifica forma costituzionale, che ordinariamente consiste nel fatto che per la revisione della costituzione è richiesta una maggioranza rinforzata, significa che alcune questioni fondamentali possono essere risolte solo d'accordo con la minoranza; la maggioranza semplice, quanto meno in alcune materie, non ha il diritto d'imporre la propria volontà alla minoranza. Solo una legge incostituzionale, perché adottata a maggioranza semplice, potrebbe allora interferire, contro la volontà della minoranza, nella sfera dei suoi interessi costituzionalmente garantiti. (Hans Kelsen, La garanzia giurisdizionale, na coletânea “La Giustizia costituzionale”, organizada por Carmelo Geraci, Milão 1981, p. 142 (201-202); ver, também, o original alemão: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, 1929, p. 30 (80 s.).*

Adiante, concluía o Mestre de Viena:

*“Qualunque minoranza — di classe, nazionale o religiosa — i cui interessi siano in un modo qualunque protetti dalla costituzione ha quindi un interesse eminente alla costituzionalità delle leggi. Ciò è vero, in particolare, nel caso di un*

*cambiamento di maggioranza che lasci all'antica maggioranza, divenuta minoranza, una forza ancora sufficiente per impedire il riunirsi delle condizioni necessarie per una revisione legittima della costituzione. Se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento, e quindi nella pace sociale, la giustizia costituzionale appare strumento idoneo a realizzare quest'idea. La sola minaccia di ricorrere al tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza strumento idoneo per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggioranza, che non è meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza" (Kelsen, op. cit., p. 202; Ver, também original alemão, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, cit., p. 81).*

Portanto, Kelsen logra estabelecer uma mediação entre democracia e jurisdição constitucional na medida em que enfatiza o direito da minoria de provocar uma Corte Constitucional dotada de poderes para verificar se a maioria obrou ou não em consonância com os parâmetros constitucionais fixados (Cf. sobre o assunto Dieter Grimm, Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen, in: Rechtstheorie, Beiheft 4 (1984), p. 149 (154).

Assinale-se, porém, que, embora reconhecesse que o modo de provocar a Corte Constitucional era essencial para a eficácia de sua atuação e que a ação popular de inconstitucionalidade talvez pudesse constituir-se meio mais profícuo para garantir a efetividade dessa atuação, advertia Kelsen contra a adoção desse sistema pelos riscos a ele inerentes, como se pode ler na seguinte passagem de sua obra:

*"Non è tuttavia possibile raccomandare questa soluzione perchè essa comporterebbe un pericolo troppo elevato di azioni temerarie ed il rischio di un intollerabile intasamento dei ruoli" (Kelsen, op. cit., p. 194; ver, também, original alemão, p. 74).*

As Constituições que consagraram o controle abstrato de normas mostraram-se cautelosas na outorga do direito de propositura às minorias parlamentares. Assim, a Lei de Fundamental de Bonn, de 1949, conferiu esse direito a um terço dos membros do *Bundstag* (Parlamento). Também a Constituição austríaca, que, a despeito da influência de Kelsen na sua elaboração, somente veio a adotar o direito de propositura das minorias em 1975, atribuiu esse direito a um terço dos membros do *Nationalrat* (Parlamento) (Cf. Peter Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, (Bericht Österreich), in *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1988, p. 193 (194). As Constituições européias mais modernas têm admitido o direito de propositura da ação mediante iniciativa de minorias parlamentares menos expressivas, como é o caso da Constituição de Portugal, de 1976, (um décimo dos Deputados à Assembléia da República — cerca de 23 parlamentares — ver artigos 281º, 2 "f" e 151º) e da Espanha, de 1978 (50 Deputados ou 50 Senadores — art. 162 1, a).

Portanto, é fácil ver que, ao assegurar o direito de propositura dos partidos com representação no Congresso Nacional, a Constituição de 1988 acabou por garantir, por via oblíqua, uma proteção às minorias parlamentares que não encontra paradigma no direito constitucional comparado.

Tal como assinalado, o direito de provocar de maneira ilimitada a jurisdição constitucional apresenta virtudes inegáveis. Não se pode deixar de ressaltar, porém, que semelhante modelo apresenta sérios inconvenientes, acentuando, ainda mais, o processo, nem sempre positivo, da chamada “*judicialização da política*”. Tal fenômeno ameaça transferir para o Judiciário a solução de questões que, na sua essência, devem ser solvidas no âmbito do próprio Parlamento.

Considerando todos esses argumentos e tendo em vista a necessidade de que a provocação do Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, não se convertesse numa simples decisão política, pareceu razoável assegurar-se o direito de propositura aos partidos políticos com representação não inferior a cinco por cento em uma das Casas do Congresso Nacional.

A definição desse limite mínimo teria por escopo conferir maior legitimidade às impugnações formuladas pela minoria parlamentar representada em uma das Casas do Congresso Nacional.

#### *11. Manifestação do Procurador-Geral da República nas ações direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade — Art. 103, § 1º*

Pretendeu-se fosse conferida nova redação ao art. 103, § 1º, deixando assente que seria exigida a manifestação do Procurador-Geral da República apenas nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

A fórmula ampla constante do texto constitucional, que determina seja o Procurador-Geral da República ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, ao invés de contribuir para um melhor funcionamento da Justiça, acabou por converter-se em causa de atraso no processo decisório da Alta Corte.

A propósito, convém registrar que, segundo dados estatísticos oficiais, havia, em 1993, cerca de 15.158 processos da competência do Supremo Tribunal Federal aguardando parecer na Procuradoria-Geral da República.

#### *12. Omissão inconstitucional: Considerações Gerais — Art. 103, § 2º*

Propôs-se nova redação para o art. 103, § 2º, segundo a qual, declarada a inconstitucionalidade por omissão total ou parcial de medida para tornar efetiva norma constitucional, seria determinado ao Poder competente que adote as medidas reclamadas dentro de prazo fixado na decisão, que poderá ser de até um ano, suscetível de prorrogação por igual período, a requerimento do órgão responsável pela edição do ato ou pela expedição da providência requerida, desde que demonstrada que a imediata execução poderá ter grave repercussão orçamentária ou financeira ou ensejar séria desorganização administrativa. Quando se tratasse de ato legislativo, ficariam o Chefe do Poder Executivo e as Mesas das Casas Legislativas obrigados a tomar a iniciativa dentro do prazo fixado na decisão, devendo o projeto ser apreciado em regime de urgência.

Como se sabe, o chamado controle da omissão entre nós converteu-se numa autêntica *vexata quaestio*.

Não são poucos os autores que reclamam a necessidade de que se engendrem formas para emprestar maior efetividade às decisões proferidas nos processos de controle da omissão. Alguns chegam a preconizar até mesmo a possibilidade de que se converta o juiz em legislador autêntico, que passaria a expedir os atos normativos reclamados, em caso de omissão do poder legislativo.

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos temas do Direito Constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador, como também desafia a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

O constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos do mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade por omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma “*Teoria da omissão inconstitucional*”. Aqueles que se aprofundarem no exame do tema perceberão que o seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. Esse aspecto contribuiu, sem dúvida, para que a questão fosse tratada, inicialmente, como quase uma *excentricidade* do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Observe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã. Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível (Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 410). Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio* (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1905, p. 80, nota 1). Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador.

Esse entendimento assentava-se, de um lado, na idéia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade (Richard Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1932, t. II, p. 608; Felix Genzmer, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1932, t. II, p. 506 s.).

Tal concepção sofreu significativa mudança com o advento da Lei Fundamental de 1949. A expressa vinculação do legislador aos direitos fundamentais (art. 1º, § 3º) e à Constituição como um todo (art. 20, § 3º) estava a exigir o desenvolvimento de uma nova concepção. Já em 1951 passa a doutrina a admitir, pela voz eloqüente de Bachof, a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de ato de índole normativa (Otto Bachof, *Die verwaltungsrechtliche Klage auf Vornahme einer*

Amtshandlung, Tübingen, 1968, p. 18), caracterizando uma ruptura com o entendimento até então vigente, baseado na própria jurisprudência do Reichsgericht (Cf. acórdão do Reichsgericht, in RGZ 125, 282, que assentou, expressamente, a impossibilidade de responsabilização do Estado por ato legislativo). Bachof rejeitava, porém, uma pretensão à edição de uma lei por entender que isso seria incompatível com o princípio da divisão de poderes (op. cit., p. 18).

A Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) viu-se compelida a arrostar questão atinente à omissão do legislador logo no seu primeiro ano de atividade.

Na decisão de 19.12.1951, o Tribunal negou a admissibilidade de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra a omissão do legislador, que, segundo alegado, *fixara a pensão previdenciária em valor insuficiente para a satisfação das necessidades básicas de uma família*. Segundo o entendimento então esposado pelo Tribunal, os postulados contidos na Lei Fundamental não asseguravam ao cidadão, em princípio, qualquer pretensão a uma atividade legislativa suscetível de ser perseguida mediante *recurso constitucional* (BVerfGE 1, 97 (100)).

As decisões proferidas em 20.02.1957 e em 11.6.1958 estavam a sinalizar a evolução jurisprudencial que haveria de ocorrer.

Na primeira decisão, proferida em processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), o Bundesverfassungsgericht admitiu, expressamente, o cabimento de medida judicial contra omissão parcial do legislador, reconhecendo que, ao contemplar determinado grupo ou segmento no âmbito de aplicação de uma norma, o legislador poderia atentar contra o princípio da isonomia, cumprindo, de forma defeituosa, dever constitucional de legislar (BVerfGE 6, 257).

No julgado de 11.6.1958, também proferido em *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*) impetrado contra lei federal que fixava a remuneração de funcionários públicos, o Bundesverfassungsgericht declarou que, embora não estivesse legitimado a fixar os vencimentos de funcionários públicos, dispunha ele de elementos suficientes para constatar que, em virtude da alteração do custo de vida, os valores estabelecidos na referida lei não mais correspondiam aos parâmetros mínimos exigidos pelo art. 33 (5) da Lei Fundamental (BVerfGE 8, 1 (28)).

Não se declarou aqui a nulidade do ato normativo — *até porque uma cassação agravaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade*. O Tribunal limitou-se a constatar a ofensa a direito constitucional dos impretantes, em virtude da omissão legislativa.

Portanto, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura a omissão inconstitucional não só o *inadimplemento absoluto* de um dever de legislar (*omissão total*), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (*omissão parcial*) (*Teilunterlassung*). Verificou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação.

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma

de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental.

O *Bundesverfassungsgericht* recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição fora confiada, primordialmente, ao órgão legislativo.

Tal como observado por Herzog, a Corte poderia, em tese, cuidar, ela mesma, da colmatação das lacunas inconstitucionais. A identificação de problemas decorrentes da aplicação do princípio democrático e da divisão de poderes e a consciência de que o afazer legislativo é extremamente técnico e minucioso, revelando-se, por isso, estranho aos misteres da Jurisdição, levaram a Corte Constitucional a reconhecer que a superação do estado de inconstitucionalidade decorrente de uma lacuna inconstitucional configura típico afazer legislativo (Herzog, *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 20, III, nº 13). Ademais, os casos mais significativos de omissão inconstitucional até então identificados decorriam de afronta ao princípio da isonomia, cabendo, por isso, ao próprio legislador eleger, no âmbito de seu poder de conformação, a forma adequada de superação da situação inconstitucional (Herzog, *op. cit.*, nº 13).

Assim, tanto o princípio da divisão de poderes quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem o direito de suprir lacunas eventualmente identificadas.

Essa orientação fez com que o Tribunal desenvolvesse, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung)*.

Trata-se de decisão de *caráter mandamental*, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão. Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à Lei que disciplina o processo perante o *Bundesverfassungsgericht*.

Outra técnica de decisão, desenvolvida sobretudo para os casos de omissão inconstitucional, é a *Appellentscheidung*, decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço *ainda se afigura constitucional*, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103, § 2º da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa tornar efetiva norma constitucional, devendo ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de 30 dias.

Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a omissão morosa dos órgãos competentes para a *concretização* da norma constitucional. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a *atividade legislativa*, mas também a *atividade tipicamente administrativa* que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade da norma constitucional.

Não parece subsistir dúvida de que a concretização da Constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, mediante a promulgação de lei. Os princípios da de-

mocracia e do Estado de direito (art. 1º) têm, na lei, o seu instrumento essencial. Não se trata aqui apenas de editar normas reguladoras das mais diversas relações, mas de assegurar a sua legitimidade mediante a aprovação por órgãos democraticamente eleitos.

A Administração Pública está vinculada expressamente, dentre outros, ao princípio da legalidade (art. 37). Toda a organização político-administrativa fundamental, no âmbito federal, estadual e municipal, há de ser realizada mediante lei (Cf. v.g. arts. 18, §§ 2º a 4º, 25, caput, e §§ 3º, 29, 32 e 33, 39, 43, 93, 128, § 5º, 131, 142, § 1º, 146). O sistema tributário nacional, o sistema das finanças públicas e o sistema financeiro nacional dependem de lei para sua organização e funcionamento (arts. 146, 163, 165).

O art. 5º, II, da Constituição, reproduz a clássica formulação do Direito Constitucional brasileiro segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude lei”, consagrando, de forma ampla, o princípio da reserva legal. O princípio da reserva legal e da anterioridade de lei definidora de crime está constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXIX). As diversas restrições aos direitos fundamentais somente poderão ser estabelecidas mediante lei, que não pode afetar o seu núcleo essencial, como expressão da cláusula pétrea consagrada no art. 60, § 4º, da Constituição.

Todas essas considerações estão a demonstrar que a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei.

Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o direito e o dever de emprestar conformação à realidade social.

### 13. A decisão no controle da omissão

O Supremo Tribunal Federal deixou assente, na decisão proferida no Mandado de Injunção nº 107, da Relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, que a Corte deve limitar-se, nesses processos, a declarar a configuração da omissão inconstitucional, determinando, assim, que o legislador empreenda a colmatação da lacuna. Tal como a decisão proferida na ação direta por omissão, a decisão tem, para o legislador, caráter obrigatório. Ambos os instrumentos buscam a expedição de uma ordem judicial ao legislador, configurando o chamado “*Anordnungsklagerecht*” (“ação mandamental”) (Mandado de Injunção nº 107-3, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 28.11.89) de que falava James Goldschmidt (Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*, 2a. edição, Berlin, 1932, § 15a, p. 61).

No mesmo sentido, afirmou o Bundesverfassungsgericht, já no começo de sua profícua judicatura, que não estava autorizado a proferir, fora do âmbito da regra geral, uma decisão para o caso concreto, ou de determinar qual norma geral haveria de ser editada pelo legislador (BVerfGE 6, 257 (264), 8, 1 (19); Cf., também, Herzog, in Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, art. 20, III, nº 13).

Como referido, essa solução não autoriza a execução forçada de uma obrigação de prestar ato normativo, nem outorga ao Tribunal o direito de substituir o legislador em caso de eventual tardança na satisfação de pretensão positiva de índole normativa.

Nada há de estranhável nisso. Tal como bem observado por Garcia Maynez, com arrimo nas lições de Petrazinsky, as normas que fixam os deveres das autoridades supremas carecem, normalmente, de sanção (*Eduardo Garcia Maynez, Introducción al Estudio del Derecho, Mexico, 1951, p.87*).

Acentue-se, todavia, que a inobservância pelos órgãos constitucionais de deveres dimanados da própria Constituição afrontaria não só as normas específicas da Carta Magna. É o próprio *princípio da lealdade constitucional* (*Verfassungsgorgantreue*) dos órgãos estatais, entendido como dever de observância de uma conduta leal de exercício harmônico e coordenado de Poder, que estaria ameaçado. Ter-se-ia, portanto, verdadeira ameaça de desintegração do próprio Estado em núcleos diversificados de poder, o que haveria de levar, inevitavelmente, à própria dissolução da ordem constitucional.

Embora muitos juristas recomendem que, em caso de omissão do legislador, deva o juiz ou tribunal editar a norma reclamada, não há dúvida de que é mais fácil enunciar essa regra do que colocá-la em prática. São sérias as objeções que se levantam contra a possibilidade de o Judiciário assumir, ainda que em caráter excepcional, atividades tipicamente legislativas.

É que, como observa Konrad Hesse, falta ao Judiciário o elemento político que caracteriza o Poder Legislativo. “*A jurisprudência — ensina o mestre alemão — não se desenvolve no processo político de formação da vontade; ela não pode substituir, por isso, o direito surgido do processo legislativo democrático, não tendo a mesma legitimação democrática do direito aprovado pelo Parlamento (Richterrecht entsteht nicht im politischen Willenbildungsprozess; es vermag daher nicht das im demokratischen Gesetzgebungsverfahren entstandene Recht zu ersetzen, und es nicht im gleichen Masse demokratische legitimiert wie das vom Parlament beschlossene Recht)*” (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16a. edição, Heidelberg, 1988, p. 211).

É certo que a falta de legitimação democrática acabaria por dificultar a elaboração normativa por parte do Poder Judiciário, facilitando o questionamento das soluções por ele adotadas e colocando-o no centro das controvérsias políticas.

Ademais, as dificuldades técnicas do afazer legislativo parecem constituir óbice intransponível ao desejo tão intensamente manifestado por alguns doutrinadores ou juízes no sentido de que se reconheça um poder legislativo subsidiário aos tribunais, nos casos de omissão inconstitucional.

As dificuldades encontradas pelo Supremo Tribunal Federal para conciliar interesses e tendências conflitantes na elaboração do projeto do Estatuto da Magistratura e a demora no seu envio ao Congresso Nacional demonstram que o afazer legislativo — *mesmo em relação a matérias conhecidas e não tão complexas* — é inçado de dificuldades e marcado por inúmeras vicissitudes, que, simplesmente, refletem as contradições e as resistências desenvolvidas pelos diversos segmentos do corpo social.

Certamente, não teria sido menos onerosa e desgastante para o Tribunal a tarefa

de elaboração de uma lei sobre a participação dos empregados nos lucros das empresas, a formulação de diploma que disciplinasse a utilização da energia atômica no território nacional ou que fixasse o salário mínimo.

É despidendo ressaltar que, além de não contribuir para a solução do grave problema da omissão inconstitucional, a eventual atribuição de competência aos órgãos jurisdicionais para fixar normas gerais, em substituição ao legislador, acabaria por colocá-los no centro do debate político, fornecendo material permanente para as críticas que, de quando em vez, esboçam-se contra aquilo que alguns consideram verdadeira intromissão de um Poder em outro.

Se o exercício da atividade rotineira do Judiciário mostra-se hábil a provocar tantas incompreensões, é fácil imaginar o grau de reação que seria despertado se este, ao lado da função de *legislador negativo*, passasse a desempenhar também atribuição de *legislador positivo*.

Tem-se de reconhecer, nesse contexto, que se afiguram *quase delirantes* ou *verdadeiramente oníricas* as propostas destinadas a conferir ao Supremo Tribunal Federal poderes de substituir o próprio legislador, no caso de omissão inconstitucional.

Parecem legítimos, todavia, os anseios manifestados no sentido de que se empreste maior eficácia às decisões proferidas pelo Tribunal no controle da omissão. Se o Supremo Tribunal Federal constata a omissão inconstitucional do legislador, devem os órgãos responsáveis pela edição do ato normativo reclamado acudir de imediato à decisão mandamental, procedendo às correções requeridas. Do contrário, restará ameaçada a própria força normativa da Constituição.

Essas razões foram determinantes para que se reconhecesse o *caráter mandamental* da decisão proferida nos processos de controle da omissão. Tendo em vista as eventuais dificuldades no imediato cumprimento da ordem emanada do Supremo Tribunal Federal, contempla a disposição proposta a possibilidade de que o Tribunal fixe prazo de até um ano para execução da providência reclamada, podendo-se prorrogar, por igual período, a requerimento do órgão responsável pela edição do ato, desde que demonstrado que o cumprimento imediato da decisão traria graves repercussões orçamentárias, financeiras ou poderia acarretar grave desorganização administrativa.

A proposta contemplou, ainda, o delicado problema da omissão legislativa, no que se refere à iniciativa, prescrevendo que, quando se tratar de ato legislativo, o Chefe do Poder Executivo e as Mesas das Casas Legislativas tomarão a iniciativa dentro do prazo fixado na decisão. É de se acrescentar, ainda, que, nesse caso, o Projeto de Lei deverá tramitar sob o regime de urgência.

Portanto, embora não tenham sido adotadas as propostas que recomendavam se atribuísse ao Supremo Tribunal um autêntico poder normativo de índole subsidiária, procurou-se arrostar com seriedade o problema da omissão inconstitucional, atribuindo-se caráter *mandamental* ou *obrigatório* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle da omissão. A fixação de prazos para a execução da decisão tem em vista a própria realidade, que, muitas vezes, não permite um cumprimento imediato da ordem emanada.

14. *Supressão do art. 103, § 3º — Defesa do ato impugnado na Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Advogado-Geral da União*

O art. 103, § 3º, da Constituição de 1988, estabelece a seguinte disposição:

“Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato impugnado.”

Embora o processo de controle abstrato de normas enquanto *processo objetivo* seja, normalmente, processo *unilateral e não-contraditório*, deve-se ressaltar que o que acaba por distingui-lo de outras formas processuais é, exatamente, a não-exigência ou a dispensabilidade de um *interesse jurídico* específico ou, se se quiser, de um interesse de agir (*Rechtsschutzbedürfnis*) de qualquer dos eventuais requerentes na questão submetida à jurisdição constitucional.

Em verdade, a própria definição dos órgãos legitimados a provocar o tribunal já está a indicar que este *direito* — o *direito* de instaurar o processo de controle abstrato — não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de eventuais interesses ou de situações subjetivas. Cuida-se de faculdade vinculada, tão-somente, a um interesse público de controle (*öffentliches Kontrollbedürfnis*). À evidência, o art. 103, *caput*, da Constituição não requer que, para a instauração do processo de controle abstrato de normas, deva qualquer dos entes legitimados demonstrar a existência de um *interesse jurídico* específico. Subsiste, portanto, aqui, a precisa definição da ação direta de inconstitucionalidade, traçada pelo eminente Ministro Moreira Alves, na AR 878-SP: “a ação direta de declaração de inconstitucionalidade é um meio de controle político da Constituição”. Como explicitado pelo eminente Magistrado, “o Procurador-Geral da República — e esse juízo há de se aplicar com maior razão aos demais entes legitimados — é o titular dessa representação, apenas para o efeito de provocar, ou não, o Tribunal” (RTJ, 94/58).

Os órgãos constitucionalmente legitimados agem, portanto, como Advogados da Constituição (*Verfassungsanwälte*), na fórmula concebida por Kelsen, representando o interesse público no exercício do controle de constitucionalidade. De qualquer forma, restaria indagar se, ao determinar a *citação* do Advogado-Geral da União para defender o ato impugnado, não teria o constituinte pretendido instituir aqui um processo de índole contraditória.

Convém notar que, como observa Klaus Schlaich, embora o controle abstrato de normas seja concebido como processo unilateral, é certo que, em virtude do conteúdo político dos temas, acabe por assemelhar-se a qualquer processo contraditório (*streitähnlich*). É que o § 77 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* assegura, aos órgãos que participaram da elaboração do ato normativo, expresso direito de manifestação (*Ausserungsrecht*).

No caso do disposto no art. 103, § 3º, é difícil imaginar o que pretendeu, de fato, o constituinte, ao designar um órgão da consultoria jurídica do Poder Executivo federal para proceder à defesa de atos dos demais Poderes federais, bem como dos atos normativos editados pelos Estados-Membros. Se, efetivamente, pretendia criar aqui um autêntico processo contraditório, tem-se de reconhecer que não logrou concretizar o seu intento. Basta considerar que o Presidente da República é um dos

órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas (art. 103, I) e ao Advogado-Geral da União, nos expressos termos do art. 131, *caput*, incumbe prestar consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo federal.

Assim, como poderá o Advogado-Geral da União defender o ato impugnado, quando se tratar de arguição formulada pelo próprio Chefe do Executivo (art. 103, I)?

Nesse caso, ter-se-ia a seguinte situação: enquanto consultor jurídico do Presidente da República (art. 131, *caput*), caberia ao Advogado-Geral da União desenvolver argumentos e formular pareceres que demonstrassem a inconstitucionalidade da lei a ser impugnada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal. Nos termos do art. 103, § 3º, deveria defender o ato que, enquanto assessor jurídico do Executivo, acabou de impugnar.

É possível que se tente contornar esse obstáculo com a indicação de substituto imediato para o cumprimento de uma ou de outra tarefa. Embora não se possa negar que, sob muitos aspectos, *o processo constitucional é fruto de uma ficção*, é fácil ver que não se pode levar a ficção a esses extremos.

Pode-se indagar ainda se o Advogado-Geral da União deve defender ato manifestamente inconstitucional. Em princípio, não se pode exigir que órgão instituído pela Constituição veja-se na contingência de propugnar pela legitimidade de atos contrários ao ordenamento básico, em flagrante ofensa ao postulado imanente da *fidelidade constitucional*. Se a resposta pudesse ser afirmativa, teríamos de reconhecer que a Constituição brasileira acabou por instituir a “*Advocacia da Inconstitucionalidade*”. Em verdade, tais considerações parecem legitimar a idéia de que, a despeito da concepção e formulação gravemente defeituosas, o constituinte somente pode ter assegurado ao Advogado-Geral da União um *direito de manifestação*, dentro dos limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional.

Todas essas razões parecem recomendar a supressão do instituto em apreço, que em nada contribui para o aperfeiçoamento do processo de controle abstrato de normas, causando, isto sim, maior demora no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Por fim, assevere-se competir a defesa do ato impugnado aos órgãos responsáveis pela sua edição ou aprovação.

#### 15. *Possibilidade de extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante a outras decisões do Supremo Tribunal Federal — Art. 103, § 3º — nova redação*

Pareceu oportuno fosse introduzida, no § 3º, do art. 103, cláusula segunda a qual a lei poderia outorgar a outras decisões de mérito do Tribunal eficácia contra todos, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos.

Como se sabe, as Corte Constitucionais caracterizam-se não apenas por sua especialidade na aferição da legitimidade do direito ordinário em face da norma constitucional, mas também pela eficácia geral ou vinculante de suas decisões. Não

fosse assim, restaria prejudicada a função que se reconhece a esses órgãos de autêntico intérprete da Constituição.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, constitucionalizou os conceitos de eficácia *erga omnes* e de *efeito vinculante*, ao estabelecer que as decisões definitivas de mérito, proferidas na ação declaratória de constitucionalidade, seriam dotadas desses atributos. Outrossim, compete primordialmente ao legislador a conformação infraconstitucional desses instrumentos.

## 16. A eficácia contra todos e o efeito vinculante: evolução histórica e análise no Direito Comparado.

É possível que o primeiro esforço de sistematização, no que se refere à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante das decisões de Cortes integrantes da chamada jurisdição estatal (*Staatsgerichtsbarkeit*) ou da jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), tenha-se desenvolvido sob o império da Constituição de Weimar (1919).

A decisão proferida pelo *Tribunal Supremo da Alemanha* (*Reichsgericht*) ou pela Corte de Finanças (*Finanzgerichtshof*), no processo de controle abstrato de normas previsto no art. 13, II, da Constituição de Weimar, tinha *força de lei* (*Gesetzeskraft*) (Lei de 8 de abril de 1920, § 3, III).

A doutrina constitucional não era unânime quanto ao significado da *força de lei* — alguns diziam que o Judiciário ficava investido, nesse caso, de funções legislativas —, e quanto aos seus limites, isto é, se estaria limitada à parte dispositiva (Cf., a propósito, Heinrich Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, cit., p. 112; Wolfgang Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, p. 46), ou se abrangeria, também, os *fundamentos determinantes*, o que faria com que a decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei afetasse a validade de leis de conteúdo igual ou semelhante do mesmo Estado ou de outro (Cf. Walter Jellinek, *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, VVDStRL, Caderno 2, 1925, p. 44.)

Sustentou-se, na literatura, que, além de cassar a lei com eficácia *erga omnes*, a decisão expressava também uma interpretação autêntica da lei federal (Cf. Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, p. 107; Walter Jellinek, *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, VVDStRL 2 (1925), p. 8 (43)).

Em outros termos, o direito federal vigente não poderia tolerar disposição idêntica à censurada, nem uma disposição futura de igual teor ou de significado idêntico, ainda que integrante do ordenamento jurídico de um outro Estado (Cf. Walter Jellinek, *Der Schutz des öffentlichen Rechts*, VVDStRL 2 (1925), p. 843).

Essa não parecia ser, porém, a orientação dominante na doutrina.

Triepel sustentava, ao contrário, opinião segundo a qual os efeitos do julgado limitavam-se à parte dispositiva (*Urteilstenor*) publicada no Diário Oficial. Os fundamentos de decisão, que não eram publicados, não eram dotados de *força de lei* (*Gesetzeskraft*). Assim, o julgado não possuía a força de uma interpretação autêntica (*Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, p. 112).

Portanto, disposição de teor idêntico editada por outro Estado-membro não era

de ser considerada inválida pelo simples fato de os fundamentos da decisão proferida pelo *Reichsgericht* serem integralmente aplicáveis a ela (Cf. Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, p. 113).

Não se excluía, inclusive, a possibilidade de que o Estado viesse a promulgar posteriormente lei de conteúdo idêntico ou semelhante ao do texto normativo declarado inconstitucional, uma vez que a *força de lei* da decisão não alcançava esse novo ato (Cf. Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, p. 113).

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, consagrou, no art. 94, nº 2, que lei federal poderia dispor sobre os casos em que as decisões da Corte Constitucional alemã seriam dotadas de eficácia *erga omnes* (*Gesetzeskraft*).

A Lei orgânica da Corte Constitucional alemã, de 1951, outorga *força de lei* às decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas, nos processos destinados a verificar se determinada regra de Direito Internacional Público é parte integrante do direito federal, nos processos sobre a subsistência de direito pré-constitucional como direito federal, bem como nos processos de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), quando se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei (§ 31, (2)).

Houve por bem o legislador alemão estabelecer ainda, no § 31, (1) da referida Lei orgânica, que as decisões da Corte Constitucional vinculavam todos os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os tribunais e órgãos administrativos (*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden*).

Desde então, esforçam-se doutrina e jurisprudência para precisar o significado dos dois institutos, bem como para acentuar-lhes as diferenças.

Se havia dúvida sobre o exato significado do efeito vinculante, é certo que nunca se negou que tal instituto reforçava a eficácia das decisões da Corte Constitucional, tornando-as obrigatórias para todos os órgãos e entes públicos, tivessem eles integrado ou não o processo (Cf. sobre o assunto, Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3a. edição, 1991, p. 320-321).

A Constituição austríaca de 1920, na versão de 1929, estabelece que, declarada a inconstitucionalidade de lei pela Corte, ficam todos os tribunais e autoridades administrativas vinculados à decisão judicial.

Outras Constituições também reconheceram a eficácia geral e obrigatória das decisões proferidas por Cortes Constitucionais, especialmente no controle abstrato de normas. Assim, a Constituição portuguesa, de 1976, consagra que o *Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral* a inconstitucionalidade ou a ilegalidade (art. 281º, (1) e (3)). Também a Constituição espanhola, de 1978, dispõe que “*as sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral*” (art. 164º (1)).

Embora as referências mais marcantes pareçam provir, no particular, dos chamados *sistemas de controle concentrado*, assinale-se que o efeito vinculante não é estranho ao sistema difuso.

Tome-se como exemplo o modelo americano. Ali existe o instituto do *stare decisis*, que vincula os órgãos judiciais inferiores à jurisprudência das Cortes supe-

riores, mormente à orientação da *Supreme Court* (Cf. Nelson de Sousa Sampaio, “O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário”, in RDP nº 75 (1985), p. 511; ver, também, Karl Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Vereinigten Staaten*, 1959, p. 425).

Também a Constituição mexicana contempla expressamente a possibilidade de uniformização de entendimento pela Suprema Corte de Justiça, no processo de *amparo*, que vinculará os demais Tribunais ordinários (Constituição, art. 107, XIII).

### 17. *Significado da eficácia erga omnes*

Do prisma estritamente processual, a eficácia geral ou *erga omnes* da declaração de constitucionalidade obsta, em primeiro plano, a que a questão seja submetida novamente ao Tribunal.

Não se tem, porém, uma mudança qualitativa da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo.

A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente (Cf., a propósito, Maunz, entre outros, in: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31 nº 42, Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlim, 1985, p. 223). Não fica o legislador, igualmente, impedido de alterar ou mesmo de revogar a norma em questão.

Questão que tem ocupado os doutrinadores diz respeito, todavia, à eventual vinculação do Tribunal no caso da declaração de constitucionalidade.

Poderia ele vir a declarar, posteriormente, a inconstitucionalidade da norma declarada constitucional? Estaria ele vinculado à decisão anterior?

A questão suscitou controvérsias na Alemanha.

A “*força de lei*” (*Gesetzeskraft*) da decisão do *Bundesverfassungsgericht* que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão (Cf., a propósito, BVerfGE 33, 199 (203 s.); Hans Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Festschrift für W. Geiger*, p. 810 (825)).

Se se considera a “*força de lei*”, tal como a doutrina dominante, como *instituto especial de controle de normas* e, por isso, como um *instituto de índole processual* (Cf. Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Festschrift für W. Geiger*, p. 809 (818)), não expressa ele mais do que a idéia de que o Tribunal não pode, num novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 408).

Não se pode cogitar, portanto, de superação ou de convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei que não teve a sua impugnação acolhida pelo Tribunal (Cf. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 408; Maunz, entre outros, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, nº 37).

Se o instituto da *eficácia erga omnes* entre nós, tal como a *força de lei* no direito tedesco, constitui, também, categoria de direito processual específica do processo de controle abstrato de constitucionalidade, afigura-se lícito indagar se seria admissível submeter a norma confirmada, uma vez mais, ao juízo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, considera Hans Brox possível, desde que satisfeitos alguns pressupostos:

*“Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = Verfassungsbeschwerde) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, verificar-se uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas (Lebensverhältnisse) ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração” (Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für W. Geiger, p. 809 (826)).*

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas (BVerfGE 33, 199; 39, 169) ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes (Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, p. 409; Brox, Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für W. Geiger, p. 809 (818)).

Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny (Cf. Enrico Tulio Liebman, Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada, Rio de Janeiro, 1984, p. 25-26), que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* (Cf., também, dentre outros, Adolfo Schönke, Derecho Procesal Civil, tradução da 5a. edição alemã, Barcelona, 1950, p. 273), de modo que as alterações posteriores que afetem a situação normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima — *inconstitucionalidade superveniente* (Cf. RE nº 105.012, Relator Ministro Néri da Silveira, RTJ 136/734).

Portanto, a eficácia *erga omnes* não obsta a que se submeta nova argüição de inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, desde que presentes os pressupostos que permitam essa reapreciação.

## 18. Significado do efeito vinculante

Considerando que o efeito vinculante (*Bindungswirkung*) é um instituto processual que se destaca e desenvolve a partir da força de lei (*Gesetzeskraft*), parece

legítimo, também aqui, que se recorra à literatura alemã para explicitar o seu efetivo significado.

Em síntese, pode-se afirmar que são os seguintes os atributos básicos do efeito vinculante no modelo germânico.

No que concerne aos órgãos estatais que, de alguma forma, integraram o processo, assume o *efeito vinculante* o seguinte significado:

(1) *Os órgãos estatais que integraram o processo no qual foi proferida a decisão estão, nos termos do § 31, I, obrigados a observar e a executar o julgado, devendo empreender todas as medidas necessárias ao restabelecimento de um estado de legitimidade (imperativo de revogação e de anulação: Gebot der Selbstaufhebung und Rückabwicklung), exigências essas que não decorrem diretamente da coisa julgada material (Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 321);*

(2) *Eles estão vinculados, igualmente, à orientação estabelecida pelo Tribunal no que diz respeito à conduta futura, de modo que do efeito vinculante decorre — tal como da coisa julgada material — uma proibição de repetição ou de reiteração (Wiederholungsverbot, Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 321).*

(3) *Portanto, se a parte dispositiva contiver expressa censura a uma ação legislativa ou administrativa dos órgãos constitucionais, ficam eles obrigados não só a afastar a lesão, como também a evitar que ela se repita. Identifica-se aqui, dentre outros, um dever de abstenção (Unterlassungspflicht). Ao contrário, se a decisão exigir uma conduta ativa — v.g. se a parte dispositiva contiver uma censura a uma omissão legislativa —, então deve o órgão estatal atuar com vistas a sanear a situação ilegítima (Maunz, dentre outros, in Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31, I, nº 24).*

Para os não-partícipes do processo, são as seguintes as conseqüências do efeito vinculante:

(1) *Ainda que não tenham integrado o processo, os órgãos constitucionais estão obrigados, na medida de suas responsabilidades e atribuições, a tomar as necessárias providências para o desfazimento do estado de ilegitimidade;*

(2) *Declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual, ficam os órgãos constitucionais de outros Estados, nos quais vigem leis de teor idêntico, obrigados a revogar ou a modificar os referidos textos legislativos (Cf. BVerfGE 40, 88; Ver, também, Maunz, in Maunz, dentre outros, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31, I, nº 25);*

(3) *Também os órgãos não-partícipes do processo ficam obrigados a observar, nos limites de suas atribuições, a decisão proferida, sendo-lhes vedado adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional pelo Bundesverfassungsgericht (proibição de reiteração em sentido lato: Wiederholungsverbot im weiteren Sinne oder Nachahmungsverbot) (Cf. Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, p. 323). A Lei do Bundesverfassungsgericht autoriza o Tribunal, no processo de Verfassungsbeschwerde (recurso constitucional), a incorporar a proibição de reiteração da medida considerada inconstitucional na parte dispositiva da decisão (§ 95, I, 2).*

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do *efeito vinculante*, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitu-

cionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão (*Urteilstenor; Entscheidungsformel*) ou se ele se estende também aos chamados *fundamentos determinantes* (tragende Gründe), isto é, aos fundamentos decisivos para a obtenção do resultado consagrado na decisão (*conditio sine qua non*), ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as *coisas ditas de passagem*, isto é, os chamados “obiter dicta” (Cf. Maunz, entre outros, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, I, nº 16).

A Corte Constitucional alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), previsto no § 31, I, da Lei orgânica, como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte) exatamente por tornar obrigatória não apenas a observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos chamados *fundamentos determinantes* (tragende Gründe). Os órgãos e autoridades federais e estaduais, bem como os juízes e Tribunais estariam, assim, vinculados às assertivas abstratas (*abstrakte Rechtsaussagen*) da Corte constitucional. A decisão não resolveria apenas caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro (Cf. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 413).

Raciocínio semelhante há de ser desenvolvido entre nós.

A proposta originária no sentido de que se dotassem as decisões do Supremo Tribunal Federal de uma eficácia adicional (*efeito vinculante*) é de autoria do Deputado Roberto Campos, como se pode ler na seguinte passagem da justificativa de Proposta de Emenda à Constituição formulada em 1992:

*“Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (tragende Gründe).*

*A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, à repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia erga omnes) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) da decisão obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (cf. Christian Pestalozza, Comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) in “Direito Processual Constitucional (Verfassungsprozessrecht)”, 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas conseqüências e a diferença entre ele e a eficácia, seja inter partes ou erga omnes).*

*Estas propostas não só reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, mas também contribuem para a celeridade e economia processuais na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da eficácia erga omnes e do efeito vinculante, propiciam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas”* (Proposta de emenda à Constituição nº 130, de 1992).

De um lado, parece inequívoco o propósito do legislador constituinte, tal como expresso na Emenda Roberto Campos, posteriormente assimilada pelo Substitutivo do Deputado Luiz Carlos Hauly, que viria a resultar na Emenda nº 3, de 1993 (Cf., a propósito, os dois Substitutivos apresentados pelo Deputado Benito Gama, Relator da Comissão Especial destinada examinar a Proposta de Emenda à Constituição nº 48, de 1991). De outro, um entendimento que limitasse o efeito vinculante à parte dispositiva da decisão acabaria por confundir, em grande parte, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, que, como visto, foram concebidos como categorias jurídicas diversas.

Com o *efeito vinculante*, pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do Supremo Tribunal Federal, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto.

Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.

Com a positivação dos institutos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, deu-se um passo significativo no rumo da modernização e racionalização da atividade da jurisdição constitucional entre nós.

Todavia, esse avanço ainda parece tímido diante da função institucional do Supremo Tribunal, que, como já referido, exerce entre nós as atribuições básicas de uma Corte Constitucional.

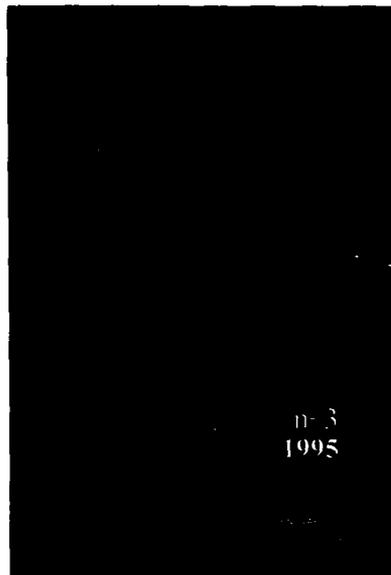
Afigura-se, pois, adequado que se reforce a eficácia de decisões do Supremo Tribunal proferidas em processos diversos.

Como não se pode dizer, com segurança, quais as decisões que devem ter a sua eficácia reforçada com os atributos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, pareceu-nos recomendável que se defira ao legislador, expressamente, a atribuição de fazê-lo, após uma avaliação segura sobre o significado *transcendental* de determinados processos.

# REVISTA DE DIREITO RENOVAR

*Carlos Alberto Menezes Direito e  
Luiz Fernando Palhares*

A RDR nasceu para ocupar um espaço importante na produção jurídica brasileira. Quadrimestralmente, assegura a permanente atualidade dos trabalhos publicados, autorizando maior celeridade entre a produção científica e sua divulgação. A RDR publicará, também, a jurisprudência dos Tribunais de todo o país, sendo de repositório útil para juristas, juízes, promotores, advogados e alunos, particularmente facilitada a consulta por um índice bem-estruturado. É publicação indispensável ao lado da Revista de Direito Administrativo, permitindo uma consulta ágil na doutrina e na jurisprudência mais atualizada. A RDR é uma obra que veio para ficar.



**Brochura**  
**Form. 15x23**

## A REFORMA DO JUDICIÁRIO — O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1994 — PARTE II\*

NELSON A. JOBIM  
GILMAR FERREIRA MENDES

### *Introdução*

A segunda parte deste estudo contempla outras questões relacionadas com a jurisdição constitucional no âmbito do processo especial de Revisão Constitucional.

As propostas versam sobre temas de relevo relativos à ação declaratória de constitucionalidade, à eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, ao incidente de inconstitucionalidade, à eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade e à Representação para fins de intervenção nos Estados.

Na parte final do estudo apresenta-se, em apêndice, a íntegra do Substitutivo apresentado pela Relatoria da Revisão Constitucional de 1994 sobre o Supremo Tribunal Federal (Parecer nº 27).

### *Propostas de reforma da Constituição na Revisão de 1994*

#### *1. Ação declaratória de constitucionalidade: legitimação do Governador de Estado ou do Distrito Federal — Art. 103, § 4º*

Como se sabe, o controle abstrato de normas revela-se instrumento assaz valioso tanto por permitir eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (*função de defesa*), quanto por afastar, de maneira definitiva, a discussão sobre a inconstitucionalidade, com a declaração da legitimidade da lei (*função de segurança jurídica*).

Por isso, alguns ordenamentos jurídicos, como é o caso do alemão, admitem a

\* O presente texto baseia-se, quase na sua integralidade, em Parecer apresentado pelo Deputado Nelson Jobim como Relator da Revisão Constitucional (Parecer nº 27, de 17.03.94).

instauração do controle abstrato de norma tanto para obter uma declaração de inconstitucionalidade, quanto para colher eventual declaração de constitucionalidade.

Transcreva-se, a propósito, o § 76, da Lei orgânica da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*):

*“A ação proposta pelo Governo Federal, por um Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do artigo 93, I, nº 2, da Lei Fundamental, somente é admissível se um dos órgãos legitimados considerar que o direito federal ou direito estadual*

*1. em virtude de sua incompatibilidade formal ou material com a Lei Fundamental ou com outras disposições do direito federal, é nulo, ou*

*2. considerar que disposição do direito federal ou do direito estadual é válida após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição ou com o direito federal.”*

O § 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* contém, portanto, duas alternativas. A segunda — *se um dos órgãos legitimados considerar que disposição do direito federal ou direito estadual é válida após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão da União ou de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição* — permite a propositura da ação de controle abstrato pelo Governo (Cf. Jürgen Jekewitz, *Die Kostenlast beim Verfassungsprozess*, JZ 1978, p. 667 (673-4)).

Dessa forma, pode o próprio Governo contribuir para uma maior clareza e segurança jurídica, conforme, de resto, demonstram alguns exemplos da jurisprudência do *Tribunal* (Cf. Decisões da Corte Constitucional alemã — BVerfGE 2, 307; BVerfGE 6, 104; BVerfGE 12, 205 (217 s.); Cf. também BVerfGE 2, 143 (158)).

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, reconhecendo a necessidade de se outorgar a determinados órgãos o poder de provocar o Supremo Tribunal Federal para declarar *não a inconstitucionalidade* da norma, mas sim a sua constitucionalidade, atribuiu o direito de propositura ao Presidente da República, às Mesas da Câmara e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República.

Não contemplou o referido texto normativo o Governador do Estado, ou o do Distrito Federal, que, muitas vezes, ressenete-se da falta de um instrumento expedito para dirimir controvérsias constitucionais graves, aptas a afetar o funcionamento da Administração estadual.

Por isso, o Substitutivo da Relatoria propôs fosse introduzida modificação no art. 103, § 4º, da Constituição, destinada a reconhecer a legitimação do Governador do Estado ou do Distrito Federal para propor a ação direta de constitucionalidade.

## *2. Declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex nunc ou pro futuro — Art. 103, § 5º*

Afigurou-se-nos oportuno introduzir o seguinte parágrafo ao art. 103:

*“Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos*

votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão”.

A discussão sobre a atribuição de efeito retroativo ou não à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei está indissociavelmente vinculada ao debate sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional iniciado no primeiro quartel deste século.

Na famosa conferência proferida perante a Associação Alemã de Professores de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), em 1928, sustentou Kelsen a necessidade de que se restringissem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista sobretudo razões de segurança jurídica.

A propósito, afirmava Kelsen:

“*Sarebbe opportuno, in ogni caso, sempre nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire, in linea di principio, effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali, quanto meno nel senso di lasciar sussistere tutti gli atti giuridici anteriormente posti in essere sulla base di tali norme. Questo interesse non si riscontra tuttavia per i fatti anteriori all' annullamento che nel momento in cui questo viene pronunciato, non sono stati oggetto di decisione da parte di alcuna pubblica autorità e che, se si escludesse ogni effetto retroativo della pronuncia, dovrebbero sempre — dato che la norma generale è annullata pro futuro, cioè per i fatti posteriori all'annullamento — essere giudicati alla sua stregua*” (Hans Kelsen, *La garanzia costituzionale*, in *La giustizia costituzionale — coletânea organizada por Carmelo Geraci*, Milão, 1981, p. 142 (191) — Cf., também, o original alemão *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Berlim, 1929, p. 30 (71)).

Advogava Kelsen, igualmente, a necessidade de que, em nome da segurança jurídica, se outorgasse competência à Corte Constitucional para dispor sobre a entrada em vigor da decisão declaratória da inconstitucionalidade (Cf. *La garanzia costituzionale*, cit., p. 192).

As idéias básicas de Kelsen foram positivadas na Constituição austríaca de 1920-29, que, na sua versão de 1975, dispõe que a decisão declaratória da inconstitucionalidade de uma norma será eficaz após a sua publicação, salvo se a Corte Constitucional fixar prazo diverso para sua entrada em vigor, que, de qualquer forma, não poderá ser superior a um ano (art. 140(s) (*Die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für Ausserkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschreiten*)).

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*” (Cf. W. W. Willoughby, *The Constitutional law of the United States*, vol. I, p. 9-10; Cf., também, Thomas M. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (Cf. Laurence Tribe, *The American Constitutional Law*, p. 27).

A Suprema Corte Americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais,

eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

*“No caso Linkletter v. Walker, a Corte rejeitou ambos os extremos: ‘a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.’ Parafrazeando o Justice Cardozo pela assertiva de que ‘a constituição federal nada diz sobre o assunto’, a Corte de Linkletter tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso Stovall v. Denno: ‘Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões.’” (op. cit., p. 30).*

Genericamente, dois fatores condicionam a aplicação retroativa dos juízos de inconstitucionalidade na lição de Tribe:

*“Claramente, estas duas perspectivas correlacionam-se de modo muito próximo com as asserções semelhantes e subjacentes à judicial review. A primeira abordagem enfatiza o que se presume ser um corolário do fato da inconstitucionalidade em si mesma: a Constituição atua em virtude de sua própria força normativa; é apenas o reconhecimento judicial deste fato que pode vir a ser deferido. A segunda abordagem enfoca o fato de que a descoberta de uma inconstitucionalidade dá-se no contexto de um julgamento; o resultado de um juízo de inconstitucionalidade não é a invalidação de um estatuto, mas a solução de um conflito particular entre duas partes específicas. Igualmente claro, portanto, uma solução apropriada da questão do efeito de um juízo de inconstitucionalidade seria aquela que reconhecesse tanto que um tal julgamento envolve a afirmação de uma norma constitucional quanto que tal norma é afinal afirmada no contexto de um julgamento.” (op. cit., p. 28).*

A preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica alemã da época de Weimar. Assim, sustentava Triepel, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários (Heinrich Triepel, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26 s.). “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação, (...) de condenação, de cassação de atos estatais — dizia Triepel — mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas” (op. cit., p. 26).

Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2º, da Constituição de Weimar, afirmando que o Reichsgericht somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se

mostrasse apta a resolver a controvérsia (Walter Jellinek, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, Leipzig e Berlim, 3ª ed., 1927, p. 27; Cf. também, Wolfgang Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution*, Heidelberg, 1929, p. 38).

Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o Reichsgericht estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois “*teria como consequência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral*” (Walter Jellinek, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, 1927, p. 27).

Isso demonstra que, já no início deste século, existia alguma preocupação com o perigo da adoção pura e simples, pela jurisdição constitucional, das formas de decisão consagrada, pela jurisdição ordinária.

Essas reflexões ganharam novo desenvolvimento sob o império da Constituição de Bonn (Lei Fundamental-*Grundgesetz*). A Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada *decisão de apelo* (*Appellentscheidung*), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (*es ist noch verfassungsgemäss*), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade (Cf., sobre o assunto, entre nós, Gilmar Ferreira Mendes, O Apelo ao Legislador — *Appellentscheidung* — na Práxis da Corte Constitucional Alemã, in RDP nº 99, p. 32 s.).

Assim, de uma perspectiva formal, o *apelo ao legislador* nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto *processo de inconstitucionalização*. A “*Appellentscheidung*” poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas “*situações imperfeitas*”, sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da lei. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de *Appellentscheidungen*, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar consequências práticas danosas (*Rupp-v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, in *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, p. 355 (396)).

Acentue-se que o “*apelo*” para que se corrija uma “*situação ainda constitucional*” (“*noch verfassungsmässige Rechtslage*”), antes de que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência. A manifestação do Bundesverfassungsgericht sobre o *processo de inconstitucionalização* há de ser considerada simples *obiter dictum* (Cf., a propósito, Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Munique, 1982, p. 397 s.; Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Ba-

den, 1980, p. 125. Sobre a diferenciação entre “ratio decidendi” e “obiter dictum” (“coisa dita de passagem”, (acessorariamente) v. Paulo Rónai, “Não Perca o Seu Latim”, Rio de Janeiro, 1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis; ver, também, Wilfried Schlüter, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, p. 77 s).

Não devem ser desconsideradas, porém, as conseqüências fáticas do *apelo ao legislador*. O peculiar significado que os órgãos estatais — e a opinião pública — atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional asseguram às “*Appellentscheidungen*” eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole *mandamental* ou *cassatória* (Christine Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, 1983, p. 52; Walter Krebs, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, Heidelberg, 1984, S. 117).

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, e do *apelo ao legislador*, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a *declaração de incompatibilidade* ou *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. Desde 1970 prevê o § 31, (2), 2º e 3º períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que o Tribunal poderá declarar a *constitucionalidade*, a nulidade ou a *inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade)* de uma lei.

No modelo tedesco, as conseqüências da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* não podem ser inferidas diretamente da Lei do *Bundesverfassungsgericht*.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada (BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101); Cf. Klaus Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 93, nº 281; Hartmut Söhn, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht, bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Frankfurt am Main, 1974, p. 61). Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados “*casamentos mistos*”, na qual o *Bundesverfassungsgericht* houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* (BVerfGE 37, 217 (262)) à *declaração de nulidade*. Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a *lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar)*, mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar *vácuo jurídico* intolerável para a ordem constitucional.

São três, pelo menos, as conseqüências básicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade:

- (1) *dever de legislar*;
- (2) *suspensão de aplicação da lei inconstitucional*;
- (3) *eventual aplicação da lei inconstitucional*.

A obrigação de eliminar prontamente a situação inconstitucional configura, sem dúvida, a menos controvertida conseqüência da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* (Cf., BVerfGE 6, 257 (265 f.); BVerfGE 37, 217 (262); BVerfGE 51, 1 (28); BVerfGE 57, 361 (388)). Constitui tarefa do legislador em-

preender os esforços necessários para restabelecer o estado de constitucionalidade, seja pela colmatação de eventual lacuna, seja mediante a supressão da disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada.

Tal como a declaração de nulidade, a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* tem o efeito de impedir que os tribunais, a administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem a norma inconstitucional a partir da data da decisão, observando rigorosamente a censura constante da parte dispositiva do julgado.

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados “*casamentos mistos*” (BVerfGE 37, 217), tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um *vácuo legislativo*. O *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente (BVerfGE 61, 319 (356)).

A doutrina dominante empresta respaldo a esse entendimento. Nesse sentido, ressalta Pestalozza que a vigência da lei inconstitucional deve ser derivada do próprio sistema jurídico (Christian Pestalozza, *Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, vol. I, p. 520 (565-566)).

Dessarte, pode-se afirmar, de forma conclusiva, que *a aplicação da lei declarada inconstitucional — mas que não teve a sua nulidade reconhecida — é legítima, quando exigida pela própria Constituição*. Inexiste princípio geral sobre aplicação subsequente da lei declarada inconstitucional. A decisão depende, por isso, do exame concreto de cada caso.

A Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281<sup>a</sup> (4)).

Vale registrar, a propósito, a opinião abalizada de Jorge Miranda:

*“A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado graves da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.*

*Uma norma como a do art. 282, n.º 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.*

*Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em*

*consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado.*

*À primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos” (Manual de Direito Constitucional, tomo II, 3a edição, Coimbra, 1991, p. 500-502).*

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, como reportado por Garcia de Enterría:

*“La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la “unidad familiar” matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya de multitud de Comentarios periódicos.*

*La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la innovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo “que se indica en el Fundamento undécimo” y éste explica como una eficacia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores” (Justicia Constitucional, La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales”, RDP 92 (outubro/dezembro 1989), p. 5).*

No Brasil, se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão, no processo de controle abstrato de normas, de que disposições do direito federal ou do direito estadual revelam-se incompatíveis com a Constituição, então ele as declara inconstitucionais.

A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure et ex tunc* (RP. nº 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 87/758; RP. nº 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ nº 95/993; RP. nº 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 101, 503).

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais

pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática (Cf. Recurso de MS nº 17.076, Relator Ministro Amaral Santos, RTJ 55/744; RE nº 103.619, Relator Ministro Oscar Corrêa, RDA 160/80).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa do saudoso Ministro Leitão de Abreu no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a *teoria da nulidade* em favor da chamada *teoria da anulabilidade*.

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção da constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas (RE nº 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 82/792). A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas *anulável*. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como *fato eficaz*, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo eminente Magistrado:

*“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de sua inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo” (Cf. RE 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ 82/795).*

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior

relativo à nulidade *ipso jure*, até porque, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional (Rp. nº 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 87/758; Rp. nº 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ nº 95/993; RP. nº 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ nº 101/503).

Na Assembléia Constituinte de 1988, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão passaria a ter eficácia a partir da data de sua publicação. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição Portuguesa, foi rejeitado (Cf., a propósito, J. Néri da Silveira, A Dimensão Política do Judiciário, in Arquivos do Ministério da Justiça nº 173 (1988), p. 46 (55)).

A instituição, na Constituição de 1988, de um modelo de controle abstrato de normas com ampla legitimação e possibilidade de impugnação quase ilimitada do direito federal e estadual se, de um lado, coloca o Brasil numa posição destacada entre os países mais avançados no que concerne ao desenvolvimento de uma jurisdição constitucional, recomenda, de outro, a adoção de institutos que atenuem ou mitiguem os efeitos danosos que podem advir da declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. A declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa de leis aplicadas há muitos anos pode acarretar problema de difícil solução. Daí por que, não raras vezes, os tribunais se vêem impossibilitados de declarar a inconstitucionalidade, para evitar situações de autêntica comoção social ou de grande instabilidade.

Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas, mas também a necessidade de desembolso de recursos para pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu *indevidamente* ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções incomensuráveis.

A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

Por isso, assevera Garcia de Enterría, forte na doutrina americana, que “*la alternativa a la prospectividad de las Sentencia no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales*” (Justicia Constitucional, cit., RDP 92, p. 5 (14)).

Todas essas razões recomendavam que se introduzisse, entre nós, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, alternativa normativa que permita ao Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

### 3. Incidente de inconstitucionalidade — Art. 104, e parágrafo único

Pareceu-nos acertado adotar-se o incidente de inconstitucionalidade, que permitiria fosse apreciada *diretamente* pelo Supremo Tribunal Federal *controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte, poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada.

Referido instituto destinava-se a completar o complexo sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, permitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse dirimir, *desde logo*, controvérsia que, do contrário, daria ensejo certamente a um sem-número de demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica.

Assim, mediante provocação de qualificados atores do processo judicial, a Corte Suprema fica autorizada a *suspender os processos em curso e proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional*.

Ressalte-se de imediato que, a despeito da aparente novidade, técnica semelhante já se adota entre nós desde 1934, com a chamada *cisão funcional* da competência, que permite que, no julgamento da inconstitucionalidade de norma perante Tribunais, o Plenário ou o Órgão Especial julgue a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma, cabendo ao órgão *fracionário* decidir a espécie à vista do que restar *assentado* no julgamento da questão constitucional.

Sem dúvida, o incidente ensejaria a separação da questão para o seu julgamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí o inevitável símile com a técnica consagrada nos modelos de *controle concentrado de normas*, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (Cf., v.g., Constituição austríaca, art. 140, (1); Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I e Lei orgânica da Corte Constitucional, §§ 13, nº 11 e 80 s.).

Todavia, as diferenças são evidentes.

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o *monopólio da decisão* sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o incidente de inconstitucionalidade não altera, em seus fundamentos, o *sistema difuso* de controle de constitucionalidade introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juízes e tribunais continuam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância.

Convém assinalar que somente em casos excepcionais, de relevante interesse público, poderia a Corte Suprema acolher o incidente de inconstitucionalidade, para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional.

O novo instituto serviria para antecipar as decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arpejo da “*interpretação autêntica*” do Supremo Tribunal Federal.

A experiência histórica recente demonstra que, muitas vezes, temas polêmicos acabam sendo decididos de maneira açodada por juízes e tribunais ordinários, que optam por declarar a inconstitucionalidade de normas, reconhecidas, posteriormente, como legítimas pelo Supremo Tribunal Federal.

A adoção do incidente de inconstitucionalidade propiciaria ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de conhecer das questões antes mesmo que se consolidassem orientações ou interpretações outras, de difícil superação ou desfazimento.

O incidente de inconstitucionalidade proposto oferece solução adequada para a difícil questão do controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Os embaraços que se colocam à utilização da ação direta de inconstitucionalidade contra a lei municipal perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo pela impossibilidade de se apreciar o grande número de atos normativos comunais, poderão ser afastados com a introdução desse instituto, que permitirá ao Supremo Tribunal Federal conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocadas por atos normativos municipais.

A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos hão de fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades comunais.

Essa solução é superior, sem dúvida, à alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

Outra virtude inegável do instituto reside na possibilidade de sua utilização para solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição.

Aprovado o referido instituto, passaria o ordenamento jurídico a dispor de um instrumento ágil e célere para dirimir, de forma definitiva e com eficácia geral, as controvérsias relacionadas com o direito anterior à Constituição que, por ora, somente podem ser veiculadas mediante a utilização do recurso extraordinário, cuja decisão tem eficácia limitada às partes envolvidas no processo.

É certo que a adoção desse instituto haveria de destacar, ainda mais, as peculiaridades que ornaram o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade como um *modelo misto*. Procura-se aqui, desde a adoção do controle abstrato de normas,

em 1965, compatibilizar o *sistema difuso* com elementos típicos do controle concentrado de normas.

É preciso ter olhos para ver que, pelo menos, desde o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de constitucionalidade, não se pode mais cogitar da existência de um típico modelo difuso de constitucionalidade entre nós. Daí ter Pontes de Miranda asseverado que “*a solução só accidental, de origem americana, foi a que quiseram impor ao Brasil, mas acabou sendo repelida*” (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1976, vol. 6, p. 44).

Como referido, a ampliação do rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103) conferiu ênfase ao processo de controle abstrato de normas, permitindo a veiculação, nesta via, de praticamente todas as controvérsias constitucionais de relevo.

Já observamos, a propósito, que tal modelo limita, em conseqüência, de modo implícito ou explícito, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais questões (Cf. Gerhard Anschütz, Verhandlungen des 34. Juristentags, Berlin-Leipzig, 1927, vol. II, p. 208).

É fácil constatar, portanto, haver o constituinte restringido, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Isto posto, haveria de adotar-se a fórmula proposta em nome da consecução de um modelo congruente de controle de constitucionalidade.

#### *4. Possibilidade de instituição do Incidente de Inconstitucionalidade na esfera estadual e distrital — Art. 125, § 3º*

Propôs-se ainda fosse acrescentado novo parágrafo (§ 3º) ao art. 125, permitindo aos Estados e à União, no Distrito Federal, instituir o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Assim, ficariam os Estados e a União, no Distrito Federal, autorizados a instituir o referido incidente de inconstitucionalidade, quando lei ou ato normativo estadual, distrital ou municipal afrontarem a Constituição do Estado ou a Lei Orgânica do Distrito Federal.

A referência à União, no que se refere à instituição do incidente de inconstitucionalidade no Distrito Federal, fazia-se necessária em razão de sua competência para organizar o Poder Judiciário na citada Entidade Federada.

É de se assinalar, finalmente, que os contornos do instituto, em tal caso, haveriam de ser os mesmos, feitas as necessárias adaptações, do incidente de inconstitucionalidade operante na esfera federal, quais sejam, a relevância do fundamento da controvérsia, o perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas, a suspensão dos processos em curso, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões.

## 5. Representação para intervenção nos Estados. Competência do Supremo Tribunal Federal — Art. 36, III

A Constituição de 1988 introduziu profundas mudanças na sistemática do controle de constitucionalidade. A representação interventiva sofreu uma inexplicável diferenciação.

É da competência do Supremo Tribunal Federal apenas a representação destinada a assegurar a observância dos princípios consagrados no art. 34, VII, “a”, “b”, “c” e “d” (CF 1988, art. 36, III). A representação destinada a assegurar a execução da lei federal (art. 34, VI, 1ª parte) passa a ser da competência do Superior Tribunal de Justiça.

A diferenciação parece carecer de qualquer explicação de índole sistemática, pois as duas hipóteses referem-se a conflitos federativos de natureza constitucional e, por isso, tradicionalmente confiados à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Acentue-se que a modificação trouxe consigo uma contradição grave: *os conflitos de natureza privada entre Estado e União deverão ser dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1988, art. 102, I, “f”); o conflito federativo, referente à execução de lei federal, que poderá acarretar a intervenção da União no Estado (CF 1988, art. 36, IV), há de ser solvido pelo Superior Tribunal de Justiça.*

É possível que o constituinte tenha pretendido confiar ao Superior Tribunal de Justiça todas as matérias pertinentes à legislação não-constitucional, tal como na distinção levada a efeito entre o recurso especial e o recurso extraordinário (CF 1988, arts. 102, III, e 105, III).

O equívoco não se revela, por isso, menos grave. Questão atinente à execução de lei federal, pelo Estado-Membro, traz ínsita, normalmente, controvérsia sobre distribuição, amplitude ou limites de competência (Cf., sobre o assunto, Victor Nunes Leal, “Leis Federais e Leis Estaduais”, *in* Problemas de Direito Público, Rio de Janeiro, 1960, p. 109 (131).

Trata-se, portanto, de questão de índole constitucional.

Por essa razão, recomendou-se o retorno ao modelo vigente entre nós desde 1946, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer da representação interventiva na hipótese de afronta aos princípios contidos no art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal, consoante o art. 34, VI.

### Conclusão

Em linhas gerais foram as seguintes as propostas de reforma apresentadas neste estudo:

a) incluir, no rol das autoridades sujeitas ao julgamento por crime comum no Supremo Tribunal Federal, o Advogado-Geral da União;

b) suprimir a expressão “o *habeas-corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores”, constante da alínea “d” do inciso I do art. 102, haja vista a hipótese se encontrar contemplada na alínea “i” do mesmo dispositivo;

c) introduzir, na competência originária do Supremo Tribunal Federal, as ações

populares, quando propostas contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou de qualquer de seus membros, entre outras autoridades;

d) inserir, no rol das autoridades com foro privilegiado no Supremo Tribunal, os membros do Congresso Nacional;

e) definir a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento dos *habeas-corpus* quando o coator originário for Tribunal Superior;

f) conferir nova competência originária ao Supremo Tribunal, para o julgamento da ação civil, prevista no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, quando proposta contra autoridade ou funcionário sujeitos à jurisdição do Tribunal;

g) aperfeiçoar a redação da alínea “o” do inciso I do art. 102, que se refere aos conflitos de competência entre Tribunais Superiores ou entre Tribunal Superior e qualquer outro tribunal a esse não vinculado;

h) acrescentar, entre as competências do Supremo Tribunal, o pedido de medida cautelar das ações diretas de constitucionalidade;

i) substituir a expressão “desta” por “da”, constantes das alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 102, explicitando que o recurso extraordinário é admissível tanto em face da Constituição vigente quanto de textos constitucionais anteriores;

j) incluir, entre as hipóteses de admissibilidade de recurso extraordinário, a decisão judicial que julgar válida lei ou ato normativo local contestado em face de lei federal, haja vista se tratar de matéria tipicamente constitucional;

k) determinar que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações referidas na alínea “a” do inciso I do art. 102, serão publicadas no Diário Oficial, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual ou municipal;

l) definir que o recurso extraordinário é o instrumento adequado, quando a decisão recorrida assentar, sobre a mesma questão, em dois fundamentos suficientes de *per se*, um legal e outro constitucional;

m) instituir que o pedido de medida cautelar nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade somente será deferido pela maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal, não podendo essa medida ter eficácia superior a cento e oitenta dias;

n) relacionar, como hipótese de recurso especial, a decisão recorrida que julgar válido ato concreto de governo local contestado em face de lei federal;

o) acrescentar, entre os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, as Mesas da Câmara Distrital ou das Assembléias Legislativas Estaduais, os Governadores do Estado ou do Distrito Federal e partido político com representação não inferior a cinco por cento em uma das Casas do Congresso Nacional;

p) restringir a exigência de oitiva do Procurador-Geral da República apenas às ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade;

q) definir a eficácia das decisões proferidas no controle de constitucionalidade por omissão;

r) estipular que a lei poderá outorgar a outras decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes* e efeito vinculante;

s) suprimir a obrigatoriedade de defesa da lei ou do ato impugnado por inconstitucional pelo Advogado-Geral da União;

t) estender a Governador de Estado ou do Distrito Federal a legitimação para propor a ação declaratória de constitucionalidade;

u) conceder ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de atribuir, pelo voto de dois terços de seus membros, eficácia *ex nunc* à decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo;

v) facultar ao Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral, ou Advogado-Geral de Estado, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão, exclusivamente, sobre a questão constitucional suscitada;

x) autorizar a instituição, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, do incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal;

z) conferir ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar a representação do Procurador-Geral da República para fins de intervenção federal em Estado, na hipótese de recusa de execução de lei federal.

## APÊNDICE

(Substitutivo da Relatoria da Revisão, Parecer n. 27, 17/3/94)

A Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, combinado com o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulga a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º É acrescentada à letra “b” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, em sua parte final, a expressão “*Advogado-Geral da União*”; é suprimida a expressão “*o habeas-corporis, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores*” constante da alínea “d” do mesmo inciso e artigo; é acrescentada à alínea “i” do mesmo inciso e artigo, a expressão “*quando o coator originário for Tribunal Superior*”, após a expressão “habeas-corporis”, passando as alíneas a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102. ....

I — .....

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República e o *Advogado-Geral da União*;

i) o “habeas-corporis”, *quando o coator originário for Tribunal Superior*, quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se tratar de crime sujeito à jurisdição do Supremo Tribunal Federal em uma única instância;

.....”

Art. 2º São acrescentadas, à alínea “d” do inciso I do art. 102, da Constituição Federal, as expressões “*e a ação popular*” e “*dos membros do Congresso Nacional*”, após as expressões “habeas data” e Senado Federal”, respectivamente, passando a ter a seguinte redação:

“Art. 102.....

I — .....

d) o mandado de segurança, o “habeas-data” e a *ação popular* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, *dos membros do Congresso Nacional*, ...

.....”

Art. 3º É acrescentada ao inciso I do art. 102, da Constituição Federal, a alínea “r”, com a seguinte redação:

“Art. 102.....

I — .....

r) a ação civil prevista no art. 37, § 4º, proposta contra autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos à jurisdição criminal do Supremo Tribunal Federal;

.....”

Art. 4º É dada nova redação à alínea “o” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal:

“Art.102.....

I — .....

o) os conflitos de competência entre Tribunais Superiores, ou entre Tribunal Superior e qualquer outro tribunal a este não vinculado;

.....”

Art. 5º É acrescentada a expressão “*de constitucionalidade e*” antes da expressão “*de inconstitucionalidade*” constante da alínea “p” do inciso I do art. 102 da Constituição, que passa a ter a seguinte redação:

“Art.102.....

I — .....

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas *de constitucionalidade e de inconstitucionalidade*;

.....”

Art. 6º É substituída pela expressão “*da*” a expressão “*desta*” constante das alínea “a” e “c” do inciso III do art. 102 da Constituição Federal; é acrescentada nova alínea ao referido inciso; é dada nova redação ao § 2º, são acrescentados dos parágrafos ao art. 102; é suprimida a expressão “*lei ou*” da alínea “b” do inciso III do art. 105, que passam a ter a seguinte redação:

“Art. 102.....

.....

III — .....

a) contrariar dispositivo *da* Constituição

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face *da* Constituição;

d) julgar *válida lei ou ato normativo local contestado em face de lei federal*.

§1º.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações referidas na alínea “a” do inciso I deste artigo, serão publicadas no Diário Oficial, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º Nas hipóteses previstas no inciso III, caberá recurso extraordinário quando a decisão recorrida assentar, sobre a mesma questão, em dois fundamentos suficientes de per si, um legal e outro constitucional.

§ 4º Salvo no período de recesso, o pedido de medida cautelar nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade somente será deferido pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, não podendo, em qualquer hipótese, ter eficácia superior a cento e oitenta dias.

Art.105. ....

.....

III — .....  
.....  
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;  
.....”

Art. 7º São acrescentados aos incisos IV e V do art. 103 as expressões “ou da Câmara Distrital” e “ou do Distrito Federal”; ao § 4º a expressão “por Governador de Estado ou do Distrito Federal”; é dada nova redação ao inciso VIII e aos §§ 1º, 2º e 3º, incluindo-se o parágrafo 5º:

“Art. 103. ....  
.....

IV — a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Distrital;  
V — o Governador do Estado ou do Distrito Federal;

.....  
VIII — partido político com representação não inferior a cinco por cento em uma das Casas do Congresso Nacional;  
.....

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será determinado ao poder competente que adote as medidas reclamadas dentro do prazo fixado na decisão, que poderá ser de até um ano, suscetível de prorrogação por igual período, a requerimento do órgão responsável pela edição do ato ou pela expedição da providência requerida, desde que demonstrada que a imediata execução poderá ter grave repercussão orçamentária ou financeira ou ensejar séria desorganização administrativa. Quando se tratar de ato legislativo, o Chefe do Poder Executivo e as Mesas das Casas Legislativas tomarão a iniciativa dentro do prazo fixado na decisão, devendo o projeto ser apreciado em regime de urgência.

§ 3º Lei, cuja iniciativa é facultada ao Supremo Tribunal Federal, poderá outorgar a outras decisões de mérito do próprio Tribunal eficácia contra todos, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos.

§ 4º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, por Governador de Estado ou do Distrito Federal ou pelo Procurador-Geral da República.

§ 5º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços de seus membros, a perda de sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão.”

Art. 8º É acrescentado à Constituição Federal, após o art. 103, renumerando-se os demais, o seguinte artigo:

“Art. 104. O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, de Procurador-Geral de Justiça ou de Procurador-Geral ou Advogado-Geral de Estado, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou muni-

cipal, nestes incluídos os atos anteriores à Constituição, e houver perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada.

Parágrafo único. À decisão prevista no “caput” deste artigo aplica-se o disposto no § 2º do art. 102 e no § 1º do art. 103, da Constituição Federal.”

Art. 9º É acrescentado o § 3º ao art. 125 da Constituição Federal, renumerando-se os demais:

“Art.125.....”

§ 3º Os Estados, a União e o Distrito Federal poderão instituir o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face da Constituição estadual, ante a Lei Orgânica do Distrito Federal.

.....”

Art. 10. É suprimido o inciso IV do art. 36 da Constituição Federal, conferindo-se nova redação ao inciso III do mesmo artigo:

“Art. 36.....”

III — de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII e no caso de recusa à execução de lei federal;

.....”

Art. 11. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

SALA DE SESSÕES, em de de 1994.