

CIT / SUL
COMPLEMENTAR
TEXTO 4

4

GILMAR FERREIRA MENDES

*DIREITOS FUNDAMENTAIS
E CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE:
ESTUDOS DE DIREITO
CONSTITUCIONAL.*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mendes, Gilmar Ferreira, 1955-

Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes. — 2. ed. rev. e ampl. — São Paulo : Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

Bibliografia.

1. Brasil — Direito constitucional I. Bastos, Celso Ribeiro, 1936-.
- II. Título.

99-4373

CDU-342(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito constitucional 342(81)

2.ª EDIÇÃO,
revista e ampliada

CELSO BASTOS
EDITOR

Instituto Brasileiro de Direito Constitucional

OUTUBRO/99

02855
BARFOS CARVALHO ADVOGADOS



PARTE II

**CONTROLE
DE
CONSTITUCIONALIDADE**



A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI¹

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, ns. 8.º e 9.º).

Nessa linha de raciocínio, o insigne Pimenta Bueno lecionava, com segurança, que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante:

“Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

1. *In*: *Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, p. 15-27, junho/1995; *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 126, p. 87-102, abril/junho-1995.

Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurista formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.

Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela".²

Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento.

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para "a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes" (art. 98). "É a faculdade (...) — dizia Pimenta Bueno — de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão (...)".³

Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.⁴

2. BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília, Senado Federal, 1978, p. 69.

3. BUENO. *Direito Público brasileiro*, op. cit., p. 203.

4. Cf., a propósito, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 27-8; BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, I (4):36; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*. 2.^a ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 155.

1.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1891

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1.º, *a* e *b*).

O Decreto n. 848, de 11.10.1890, estabeleceu, no seu art. 3.º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. "Esse dispositivo (...) — afirma Agrícola Barbi — consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte".⁵ Estabelecia-se assim, o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9.º, parágrafo único, *a* e *b*, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1.º, *a* e *b*).

Não obstante a clareza dos preceitos, imperou alguma perplexidade diante da inovação. E o gênio de Rui destacou, com peculiar proficiência, a amplitude do instituto adotado pelo regime republicano, como se vê na seguinte passagem de seu magnífico trabalho elaborado em 1893:

"O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art.

5. BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 37; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 156.

III, seq. 2.^a, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que:

'Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal' (art. 60, *a*); como, ainda, que: 'Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1.^o, *a*)'.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito".⁶

6. BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-5.

A Lei de n. 221, de 20.11.1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula:

"Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição".

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. "Os tribunais — dizia Rui — não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)"⁷ E, sintetizava, ressaltando que a *judicial review* "é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação".⁸

1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1934 E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, *b* e *c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179).⁹

7. BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 83.

8. BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 83.

9. MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Nacional, 1934, p. 115-7; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 159-65. Cumpre notar que o anteprojeto continha, no art. 57, a seguinte regra: "Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96).¹⁰

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello,¹¹ isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7.º, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3.º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2.º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2.º, a expressão “tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade” por “tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade”.¹²

seus ministros. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou ato do Presidente da República. Sempre que qualquer Tribunal não aplicar uma lei federal ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal. Julgado inconstitucional qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para a garantia de todo direito certo e incontestável”. Tal disposição acabaria por consolidar, entre nós, um modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Não prevaleceu, todavia, essa orientação, predominando o entendimento que assegura o poder de *inaplicar* a lei tanto ao juiz singular quanto aos tribunais. Anote-se, ademais, que a cláusula inicial importava na *constitucionalização* dos preceitos aplicados há mais de cinco anos.

10. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*. Op. cit., p. 170; ARAÚJO CASTRO. *A nova Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 246-7.

11. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições rígidas*. Op. cit., p. 170.

12. ARAÚJO CASTRO. Op. cit., p. 107-8.

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual.¹³ Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico.¹⁴

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro.¹⁵

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Manifesta-se digna de menção a competência atribuída ao Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais” (art. 91, II). Em escólio ao art. 91, II, da Constituição de 1934, Pontes de Miranda destacava que “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco função de Alta Corte Constitucional (...)”.¹⁶ A disposição não foi incorporada, todavia, pelas Constituições que sucederam ao Texto Magno de 1934.

13. CALMON, Pedro. *Intervenção federal: o art. 12 da Constituição de 1934*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 109.

14. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1938, v. 1, p. 364.

15. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 93. Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentada proposta de instituição de um Tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, bem como para julgar pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado por “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto (...)”. O projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provocação a qualquer sujeito de direito (Cf. ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. *A Competência do Senado Federal para Suspender a Execução dos Atos Declarados Inconstitucionais*. In: *Revista de Informação Legislativa*, 15(57):237-45).

16. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 770.

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*).¹⁷

1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição.¹⁸

É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Motta Filho, por exemplo, saudava a inovação, ressaltando que:

“A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da

17. Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, in: *Annaes da Assembléia Constituinte*. Rio de Janeiro: 1935, p. 33-35.

18. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 5.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 63; cf. CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro*, RF, 73:246-9.

elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despidido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua Teoria de la política, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais”.¹⁹

No mesmo sentido, pronunciaram-se Francisco Campos,²⁰ Alfredo Buzaid²¹ e Genésio de Almeida Moura.²²

Impende assinalar que, do ponto de vista doutrinário, a inovação parecia despida de significado, uma vez que, como assinalou Castro Nunes, “podendo ser emendada a Constituição pelo voto da maioria nas duas casas do Parlamento (art. 174), estaria ao alcance deste elidir, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável”.²³ Mas, em verdade, buscava-se, a um só tempo, “validar a lei e cassar os julgados”.²⁴

Todavia, quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa.²⁵ Considerou Lúcio Bittencourt que as críticas

19. MOTTA FILHO, Cândido. *A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*, RF, 86:277.

20. CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro*, op. cit., p. 246 e s.

21. BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 32.

22. MOURA, Genésio de Almeida. *Inconstitucionalidade das leis*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 37:161.

23. NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 593, nota 25.

24. NUNES, José de Castro. Op. cit., p. 593, nota 25.

25. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1968, p. 139-40.

ao ato presidencial não tinham procedência, porque, no seu entendimento, o Presidente nada mais fizera do que “cumprir, como era de seu dever, o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional”.²⁶ Concede, porém, o insigne publicista que a celeuma suscitada nas oportunidades em que atos judiciais foram, desautorizados, entre nós, “está a demonstrar como se encontra arraigado em nosso pensamento jurídico o princípio que confere à declaração judicial caráter incontestável, em relação ao caso concreto”.²⁷

Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

1.5 A CONSTITUIÇÃO DE 1946 E O SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a, b e c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato”. Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender* a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

26. BITTENCOURT. Op. cit., p. 139.

27. BITTENCOURT. Op. cit., p. 139-40.

1.5.1 A Representação Interventiva

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8.º, parágrafo único, c/c o art. 7.º, VII).

A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8.º, parágrafo único).

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, uma peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal — a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) —, deve ser considerado, assim, uma simples representação processual.²⁸

A arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946. A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se arguiu a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n. 93.²⁹ A denominação

28. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 192.

29. Rp. 93, de 16.7.1947, Rel. Min. Annibal Freire, AJ, 85:3; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Controle da Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 110.

emprestada ao novo instituto — representação — segundo esclarece Themístocles Cavalcanti, se deveu a uma escolha entre a reclamação e a representação, “processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal”.³⁰ A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo *representação*, “já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer”.³¹

A ausência inicial de regras processuais permitiu que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse os mecanismos procedimentais que viriam a ser consolidados, posteriormente, pela legislação processual e pela praxis da Corte.³² E, por isso, colocaram-se, de plano, questões relativas à forma da argüição e à sua própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais da argüição.

Na Rp. 94, que argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagradores do regime parlamentarista na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral. E esse entendimento foi acolhido, tendo o chefe do Ministério Público Federal solicitado “que a medida fosse provocada, o que foi feito através de pedido devidamente justificado”.³³

Na opinião do insigne publicista, que exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a argüição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público.³⁴

Essa orientação tornou-se ainda mais evidente na Rp. 95 (Rel. Min. Orozimbo Nonato), na qual o Procurador-Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade do preceito impugnado, justificando, no entanto, a propositura da ação, pelas seguintes razões:

30. CAVALCANTI, Themístocles. Op. cit., p. 112.

31. CAVALCANTI, Themístocles. Op. cit., p. 112; cf., também, Rp. 94, de 17.7.1947, Rel. Min. Castro Nunes, AJ, 85:31.

32. CAVALCANTI, Themístocles. Op. cit., p. 111-12.

33. CAVALCANTI, Themístocles. Op. cit., p. 110.

34. CAVALCANTI, Themístocles. Op. cit., p. 111.

“Não tem esta Procuradoria Geral nenhuma dúvida em opinar a respeito, reafirmando conceitos já emitidos em outro parecer, no sentido de prestigiar o texto votado pelas Constituintes estaduais, cuja validade se presume, quando não colida com princípios fundamentais e expressos na Constituição Federal.

Esta colisão não se verifica, a meu ver, na hipótese, porquanto a norma impugnada nada mais fez do que concretizar o princípio da hierarquia dos poderes no chamamento ao exercício do Poder Executivo.

Na Constituição Federal, também é o Presidente da Câmara o imediato na substituição do Presidente e Vice-Presidente da República, e esta é uma tradição do nosso direito constitucional.

Pouco importa que o poder não esteja ainda constituído porque o mesmo princípio se aplica a todos os casos de vaga.

Subsiste, entretanto, a impugnação ao preceito invocado e basta esta controvérsia para que ‘o ato argüido de inconstitucionalidade’ seja submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal. E a dúvida é de tanto maior relevo quanto é o próprio Poder Executivo quem vacila na aplicação do texto constitucional, no momento em que se integra o Estado na plenitude de sua autonomia política.

Grave é a responsabilidade do Governo diante da contingência de pôr termo à intervenção no Estado, entregando o Poder Executivo, não ao seu detentor eleito pelo povo mas a um representante eventual eleito pela Assembléia.

Cumpra, por isso mesmo, o Procurador-Geral da República, um dever imposto não só pela alta consideração que merece o Aviso do Exm.º Sr. Ministro da Justiça, mas ainda pelos altos propósitos que o inspiram trazendo questão de tanta relevância ao conhecimento deste E. Tribunal, esperando que este se pronuncie sobre a legitimidade do art. 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado diante da Constituição Federal, bem como sobre a constitucionalidade da intervenção federal depois de promulgada a Constituição Federal.

Requer, por isso, a Vossa Excelência que distribuída a presente com a reclamação, seja a mesma processada como de direito”.³⁵

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que não se tratava de simples consulta, mas de “exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações a ocorrência do tumulto (...)”.³⁶ E, concluiu, a final, pela constitucionalidade do art. 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco.³⁷

Desde o início, firmou-se no Supremo Tribunal Federal a orientação de que se cuidava de uma controvérsia de índole constitucional. O Poder Judiciário não se limitava a opinar. A sua decisão configurava “um aresto, um acórdão”, que punha “fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”.³⁸ A propósito, vale registrar a seguinte passagem do voto proferido por Castro Nunes, na Rp. 94:

“Consiste a intervenção, nas hipóteses do n. VII, na suspensão, importa dizer, na decretação pelo Congresso da não-vigência do ato legislativo.

São duas atribuições distintas, de índole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico; a do Congresso, no plano político, mas a título de sanção daquela.

Vem aqui, a propósito, esclarecer que, nos termos do assento constitucional e dos motivos de sua inspiração, o Supremo Tribunal não é provocado como órgão meramente consultivo, o que contrariaria à índole do Judiciário; não se limita a opinar, *decide*, sua decisão é um aresto, um acórdão;

35. Rp. 95, de 30.07.1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, AJ, 85:55-6. Não obstante, convém assinalar que o Ministro Edgar Costa não conheceu da Representação, uma vez que esta tinha, “não apenas a aparência, mas incontestável caráter de consulta” (AJ, 85:68-9).

36. Rp. 95, de 30.07.1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, AJ, 85:58.

37. Rp. 95, de 30.07.1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, AJ, 85:55-75.

38. Rp. 94, de 17.07.1947, Rel. Min. Castro Nunes, AJ, 85:33.

põe fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade. É nessa função de árbitro supremo que ele intervém, se provocado, no conflito aberto entre a Constituição, que lhe cumpre resguardar, e a atuação deliberante do poder estadual.

Daí resulta que, declarada a inconstitucionalidade, a intervenção sancionadora é uma decorrência do julgado”.³⁹

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto de Castro Nunes:

“Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.

Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada

39. AJ, 85:33.

até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundante na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejulgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos".⁴⁰

Com essa colocação, o eminente jurista e magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965.

Os limites constitucionais da ação direta também mereceram a precisa reflexão de Castro Nunes. Na Rp. 94, enfatizou-se o caráter excepcional desse instrumento. "Outro aspecto, e condizente com a atitude mental do intérprete, em se tratando de intervenção — ensinava — é o relativo ao caráter excepcional dessa medida, pressuposta neste regime a autonomia constituinte, legislativa e administrativa dos Estados-membros, e, portanto, a preservação dessa autonomia ante o risco de ser elidida pelos Poderes da União".⁴¹ E Castro Nunes aduzia que a enumeração contida no art. 7.º, VII, da Constituição de 1946, "é taxativa, é limitativa, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal Federal".⁴²

Na Rp. 95, o tema voltou a ser apreciado, tendo pontificado, uma vez mais, o magistério de Castro Nunes:

"Devo dizer ao Tribunal que considero a atribuição hoje conferida ao Supremo Tribunal excepcionalíssima, só quando for possível entroncar o caso trazido ao nosso conhecimento a algum dos princípios enumerados no art. 7.º, n. 7, será possível conhecer da arguição. Não basta ser levantada uma dúvida constitucional, não basta que exista uma controvérsia constitucional. Se não for possível entroncá-la com um dos

40. Rp. 94, de 17.07.1947, AJ, 85:33.

41. AJ, 85:34.

42. Rp. 94, de 17.07.1947, AJ, 85:34.

princípios enumerados, penso que o Tribunal deverá abster-se de qualquer deliberação. Nesse sentido, aliás, foi o voto do eminente Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, que salientou também esse aspecto, igualmente ressaltado pelo eminente Sr. Ministro Relator, em seu voto.

No caso de dúvida, ou quando duvidosa ou remota aquela articulação, o Tribunal não deverá conhecer da representação que poderia transformar em expediente de rotina ou meio de consulta do Governo em todos os casos em que lhe conviesse provocar uma manifestação do Supremo Tribunal. Aliás o caráter excepcional da atribuição decorre da sanção mesma, que é a intervenção".⁴³

Assentaram-se, assim, as linhas fundamentais da representação interventiva. A Lei n. 2.271, de 22.07.1954, determinou que se aplicasse à arguição de inconstitucionalidade o processo do mandado de segurança (art. 4.º). A primeira fase continuou a ser processada, porém, na Procuradoria-Geral da República, tal como no período anterior ao advento da disciplina legal (art. 2.º). "Era o Procurador-Geral — diz Themístocles Cavalcanti — quem recebia a representação da parte e, no prazo de 45 dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, ouvia, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tivessem elaborado ou praticado".⁴⁴ A Lei n. 4.337, de 1964, modificou o procedimento então adotado, determinando que, após a arguição, o relator ouvisse sobre as razões de impugnação do ato, no prazo de trinta dias, os órgãos que o tivessem elaborado ou expedido. Admitia-se, contudo, o julgamento imediato do feito, em caso de urgência e relevância do interesse de ordem pública, dando-se ciência da supressão do prazo às partes.

1.5.2 A Emenda n. 16, de 1965, e o Controle de Constitucionalidade Abstrato

A Emenda n. 16, de 26.11.1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de

43. Rel. Min. Orozimbo Nonato, AJ, 85:70-1.

44. Cavalcanti, Themístocles Brandão. Op. cit., p. 127.

normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27.10.1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressaltava que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

“a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo”.

“A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeioa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7.º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.

Já a prejudicial agora proposta, modalidade de advocatária, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízos das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de

apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, advocatária só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repete manifestamente infundada.

Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto — expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’”.⁴⁵

Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, k, passava a ter a seguinte redação:

“k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

E o art. 5.º do Projeto acrescentava os seguintes parágrafos ao art. 101:

“§ 1.º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento das causas de competência originária (inciso I), das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas, dos recursos

45. Brasil. *Constituição* (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n. 16: Reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p. 24.

interpostos de decisões delas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal, bem como dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, c) e das revisões criminais (inciso IV).

§ 2.º Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos II, a e b, e III deste artigo.

§ 3.º As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União”.

E o art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação:

“Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3.º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade:

“A letra k, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8.º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1.º e 2.º) conhece apenas uma exceção no § 2.º do art. 123 da Constituição”.⁴⁶

46. Brasil. *Constituição* (1946), op. cit., p. 67.

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada.⁴⁷ Consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvincentes”⁴⁸ veio somar, aos mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Finalmente não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda n. 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”.

1.6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1967/1969

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16, de 1965.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1.ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2.º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I, D).

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n. 16, que permitia a criação do processo de compe-

47. Brasil. *Constituição* (1946), op. cit., p. 88-90.

48. Bastos. Op. cit., p. 65.

tência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n. 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3.º, *d*).

A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *e*). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei.⁴⁹

Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n. 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/1969, art. 119, I, *p*).⁵⁰

1.7 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia,

49. Mensagem n. 81, de 1976, *Diário do Congresso Nacional*. O Texto Magno de 1988 não manteve esse instituto no ordenamento constitucional brasileiro.

50. A Constituição de 1988 manteve a competência do Supremo Tribunal para conceder liminar na *ação de inconstitucionalidade* (art. 102, I, *p*).

apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988 dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, *v.g.*, dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade.⁵¹

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável 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 diferençá-

51. Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, *in*: Assembléia Nacional Constituinte, *Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, 1988, p. 214 e 342.

lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam 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.⁵²

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, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda 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 celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender

52. ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentags*. Berlim e Leipzig, 1927, v. II, p. 208.

imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador do Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Ressalte-se que não são numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, porém, que muitos dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato, foram trazidos à baila mediante iniciativa dos partidos políticos. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 2, de 1992, que antecipou o plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2.º do ADCT,⁵³ o questionamento da legitimidade da lei do salário-mínimo,⁵⁴ a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante precatório para os créditos de natureza alimentícia.⁵⁵ Isto para não falar das diversas ações propostas contra a política econômica do Governo.⁵⁶

53. Cf. ADIn 829, 830 e 831, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 20.04.1993, p. 6.758.

54. ADIn 737, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 22.10.1993, p. 22.252.

55. ADIn 672, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 04.02.1992, p. 499.

56. Cf., v.g., ADIn 357, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 23.11.1990, p. 13.622; ADIn 562, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ de 10.09.1991, p. 12.254; ADIn 605, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 05.03.1993; ADIn 931, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ de 02.09.1993.

Ao lado desta ampla legitimação para a provocação do controle abstrato de normas, cuidou o constituinte de instituir mecanismo (art. 5.º, LXXI) para a tutela de direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão normativa. No mesmo passo, instituiu-se ainda processo de controle abstrato da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2.º), instituto — a exemplo do anterior — ainda carente de conformação definitiva.

1.8 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3 DE 1993: A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

No bojo da reforma tributária de emergência, introduziu-se no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a *ação declaratória de constitucionalidade*.

A Emenda Constitucional n. 03, de 17.03.1993, disciplinou o instituto firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Considerando a súbita repercussão da introdução do instituto, cumpre agora cogitar se representa ele um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em verdade, o dispositivo não inova. A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16/65 — *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* — não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “controvérsia constitucional”. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca —

representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República — que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* — CF 1967, art. 115, I, “I”; CF 1967/69, art. 119, I, “I”).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970,⁵⁷ consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174.

§ 1.º. Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

Essa disposição, que, como visto, consolidava tradição já velha no Tribunal, permitia ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário.

Assim, se o Procurador-Geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (positiva) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava, apenas, a existência da “controvérsia constitucional” apta a fundamentar uma “necessidade pública de controle”.

57. DJ de 04.09.1970, p. 3.971 e s.

Essa cláusula foi alterada, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

“Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§ 1.º. Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência”.

Parece legítimo supor que essa modificação não alterou, substancialmente, a idéia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa manifestava-se, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade.

Na prática, continuou o Procurador-Geral a oferecer *representações de inconstitucionalidade*, ressaltando a relevância da questão e manifestando-se afinal, muitas vezes, em favor da constitucionalidade da norma.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada em torno da *representação interventiva*⁵⁸ — confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto — não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

Sem dúvida, a disciplina específica do tema no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal serviria à segurança jurídica, na medida em que afastaria, de uma vez por todas, as controvérsias que marcaram o tema no direito constitucional brasileiro.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *contéudo dúplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o

58. BUZAID, Alfredo. *Da Ação direta da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, 1958, p. 107; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As Partes na ação declaratória de inconstitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, n. 13 (1964), p. 67 (75-76); CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit., p. 115 e s.

qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isto lhe fosse solicitado.

A controvérsia instaurada em torno da recusa do Procurador-Geral da República⁵⁹ de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de inconstitucionalidade contra o Decreto-lei n. 1.077, de 1970, que instituiu a censura prévia sobre livros e periódicos,⁶⁰ não

59. É certo que uma avaliação desse modelo brasileiro de controle abstrato de normas não pode deixar de considerar as circunstâncias políticas dominantes durante todo o período de desenvolvimento desse instituto. Os pressupostos indispensáveis pensados por Kelsen para esse *advogado da Constituição* que, segundo ele, deveria ser dotado de todas as garantias imagináveis tanto em face do Governo quanto em face do Parlamento (*Wesen und Entwicklung der Staatgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (75)), não poderiam ser assegurados sob o império de um regime de exceção.

O Procurador-Geral da República exercia, no controle abstrato de normas, o papel especial de *advogado da Constituição*, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional.

Com isso logrou o constituinte brasileiro positivar proposta formulada por Kelsen quanto à instituição de um *advogado da Constituição* (*Verfassungsanwalt*) que deveria delagrar o controle de normas *ex officio* sempre que uma lei se lhe afigurasse incompatível com a Constituição (*Idem, ibidem*). Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse específico, sendo-lhe estranha mesmo a idéia de interesse jurídico a ser protegido (Rp. 700, Relator: Ministro Amaral Santos, p. 690 (714); Ação Rescisória n. 848, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 95, p. 49 (58); Rp. 1405, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 01.07.1988).

Por isso, dever-se-iam diferenciar, de forma clara, as competências do Procurador-Geral da República. No primeiro processo, representava ele o interesse da União em face de um determinado Estado, que, efetiva ou supostamente, desrespeitara *princípio sensível* estabelecido na Constituição. No controle abstrato, atuava como representante do interesse geral com o propósito de instaurar o controle judicial das normas estaduais ou federais (BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 189; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 230 e s.).

60. Reclamação n. 849, Relator: Ministro Adalício Nogueira, RTJ 59, p. 333.

serviu — infelizmente — para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade.⁶¹

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma,⁶² somente podem ter partido da idéia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória — positiva — de constitucionalidade.

Na Representação n. 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada.⁶³

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse *caráter ambivalente* da representação de inconstitucionalidade, reconhecendo implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação era legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constituio-

61. Cf., sobre o assunto, registros da discussão travada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 1971, in: *Arquivos do Ministério da Justiça n. 118 (1971)*, p. 23 e s.

62. Cf., a propósito, MARINHO, Josaphat. *Inconstitucionalidade de lei — representação ao STF*, RDP 12, p. 150; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto proferido no Conselho Federal da OAB, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25; CAVALCANTI, Themístocles. *Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei*, RDP n. 16, p. 169; CARDOSO, Aducto Lucio, voto na Reclamação n. 849, RTJ 50, p. 347-8; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, 1982, p. 69.

63. Embargos na Representação n. 1.092, Relator: Ministro Néri da Silveira, RTJ 117, p. 921 e s.

nalidade, se, não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 08.09.1988.⁶⁴ O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal petição formulada por grupo de parlamentares que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei n. 7.232, de 29.10.1984). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos.⁶⁵

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma,⁶⁶ é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua práxis desde a sua adoção pela Emenda n. 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral limitava-se a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, a final, pela sua improcedência.⁶⁷

Em substância, era indiferente que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido, para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

64. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129, p. 41 e s.

65. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129, p. 41.

66. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129, p. 41. O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos.

67. Cf., dentre outras, ADIn 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 29.04.1992, p. 5.606.

Essa análise demonstra claramente que, a despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

Sem dúvida, a falta de um melhor desenvolvimento doutrinário sobre essa face peculiar da representação de inconstitucionalidade e a decisão do Supremo Tribunal na Representação n. 1.349, que, praticamente, negou a possibilidade de se instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade, tornaram inevitável a posituação de um instituto específico no ordenamento constitucional, consubstanciado na ação declaratória de constitucionalidade.

1.9 CONCLUSÃO

Pelo exposto, constata-se tendência — ainda que fragmentária — à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários, entre outros, os seguintes aprimoramentos:

— criação de incidente de inconstitucionalidade, tal como acolhido no Substitutivo do Relator-Geral da Revisão Constitucional (Parecer n. 027);

— desenvolvimento da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnes*, com a conseqüente supressão do obsoleto inciso X do art. 52 da Constituição Federal), a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam inviabilizar o funcionamento da Corte;

— adequado instrumento objetivo de controle do direito pré-constitucional;

— via para controle da legalidade do ato regulamentar, com a conseqüente supressão do inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

KELSEN E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO¹

Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada no direito constitucional brasileiro em 1965 (Emenda Constitucional n. 16, de 1965; Constituição de 1967/69, art. 119, I, l), já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado "*processo constitucional*".

Aqueles que se derem ao trabalho de compulsar o texto da conferência proferida por Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), de 1928, hão de se deparar com a seguinte passagem:

"Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um Advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) perante a Corte Constitucional, que — em analogia com promotor público no processo penal — instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado

1. *In*: Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 121, p. 185-188, jan./mar. 1994; Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, p. 29 a 30, jan. 1995; Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 5, p. 62-64 out./dez. 1993; Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 2, n. 5, p. 36-38, jan./mar. 1994.

TABELA III

Período: outubro/88 – agosto/96
 Universo da pesquisa: 1.507 ADIns

	Número de ADIns
Pedido de Liminar	975
Não conhecidas/ Sem pedido liminar	532
Número Total	1.507

	Deferidos	Indeferidos	Não Apreciados
Pedidos de Liminar	594	355	26

ADIns com Liminar deferida	Julgadas definitivamente	Confirmadas	63
		Não confirmadas	20
	Total	83	
	Pendentes	—	508

* Após a concessão da liminar, 3 (três) ADIns não foram conhecidas.

O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO

6.1 INTRODUÇÃO

Consagrou-se, nos albores do regime republicano, o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934, procedeu-se à introdução da ação direta, como procedimento preliminar do processo interventivo. E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passa a integrar o nosso sistema a modalidade de controle abstrato de normas (Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946). No âmbito da unidade federada, a Constituição de 1967/1969 estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3.º, *d*). Finalmente, a Emenda n. 7, de 1977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, completando, assim, o *instrumentarium* do controle de constitucionalidade no Direito pátrio.

Ao final dos anos 80, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade, portanto, elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, dando ensejo ao surgimento de um *modelo híbrido* ou *misto* de controle. Não obstante, o monopólio da ação direta exercido pelo Procurador-Geral da República, que, em grande medida, realizava a idéia de designação de um advogado da Constituição defendida por Kelsen desde 1928, não produziu uma alteração de monta em todo o sistema de controle.

A ação direta subsistiu como um elemento acidental no âmbito de um sistema difuso predominante.

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito de o Procurador-Geral da República propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103).

Com isso, satisfiz-se apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v.g., dez mil cidadãos, ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade.¹

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu-se reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar *instrumento de correção* do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável 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.

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,

1. Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, in: *Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, 1988, p. 214 e 342.

explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.²

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. 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, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função, tanto quanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.³

A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República.

Assim, ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF 1988, art. 97, art. 102, III, *a a c*, art. 105, II, *a e b*) e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do *habeas data* e da ação civil pública, consagra-se, no sistema constitucional brasileiro:

2. ANSCHÜTZ, Gerhard. *Verhandlungen des 34. Juristentags, Berlin e Leipzig*, 1927, vol. II, p. 208.

3. HÄBERLE, Peter. *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: HÄBERLE, Peter. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, p. 1 (14).

a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição, mediante provocação dos entes e órgão referidos no art. 103 da Constituição;

b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, mediante provocação do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados ou do Procurador-Geral da República;

c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra norma constante do direito estadual considerada afrontosa dos chamados princípios sensíveis.

É, portanto, nesse novo contexto, que se há de apreciar o controle incidental ou concreto de normas.

Como se sabe, adotou-se, entre nós, de início, o modelo difuso de declaração de inconstitucionalidade.⁴ O Decreto n. 848, de 11.10.1890, consagrava que “na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura só intervirá em espécie e por provocação da parte”. O desenvolvimento posterior veio a consolidar essa tendência, como se depreende do disposto nos arts. 59, § 1.º, *a e b*, e 60 da Constituição de 1891, e no art. 13, § 10, da Lei de Organização da Justiça Federal (Lei n. 221, de 20.11.1894). A reforma de 1926 não introduziu modificação significativa nesse âmbito, limitando-se a restringir o acesso ao Judiciário nas questões políticas.⁵

4. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 99; BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, 1(4):37; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das constituições rígidas*, 2.ª ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 156.

5. O art. 60 da Constituição recebeu nova redação, estabelecendo, no seu § 5.º que “nenhum recurso judiciário é permitido para a justiça federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração de estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”.

A matéria não sofreu alterações profundas nos textos subsequentes.

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção se erigiu, inicialmente, em dogma do regime republicano. A “inconstitucionalidade – ensinava Rui – não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”,⁶ uma vez que “o remédio judicial contra os atos inconstitucionais, ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal”.⁷ E, dentre os requisitos elementares ao exercício do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, reputava imprescindível “que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo.”⁸

Essa concepção ortodoxa sofreu profunda modificação na sua própria matriz, conforme demonstra George Jaffin no artigo intitulado “Evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.”⁹ A ampla utilização da *injunction* como técnica do controle de constitucionalidade permitiu que se atenuassem, significativamente, as exigências para obter “uma declaração judicial sobre a validade da lei”, ensejando a propositura de ações visando a impedir que determinado agente oficial desse execução a uma lei inconstitucional.¹⁰ Admitia-se, como observado

6. BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, in *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

7. BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais...*, in: *Trabalhos jurídicos*, op. cit., p. 81.

8. BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais...*, in: *Trabalhos jurídicos*, op. cit., p. 95, e *O Direito do Amazonas ao Acre septentrional*, Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1, p. 103.

9. RF 86:285 e s.

10. JAFFIN, George H. *Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos*, RF 86: 279-92 (287 e 281); BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, cit., p. 101; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 24-6.

por Benjamin Cardozo, “*que o prejudicado chorasse antes de sentir dor*”.¹¹ O reconhecimento da legitimidade da ação declaratória como instrumento de controle de constitucionalidade outorgou maior flexibilidade ao sistema, superando a exigência de uma controvérsia ou de um contraditório rígido e nem sempre autêntico.¹²

Entre nós, a instituição das garantias constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança individual e coletivo ampliou, significativamente, a chamada via de defesa ou de exceção contra o ato ou omissão eivado de inconstitucionalidade, admitindo-se, inclusive, a utilização desses remédios em caráter preventivo.¹³ Reconheceu-se, igualmente, a legitimidade da ação declaratória como instrumento processual hábil a obter a pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou ato desconforme com a ordem constitucional.¹⁴ A ação popular passa a constituir, também, forma judicial idônea para provocar o controle jurisdicional da constitucionalidade.¹⁵

Não se cuida mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt,¹⁶ ou de alegação de inconstitucionalidade emanada de pessoa cujos direitos tenham sido ofendidos pela lei, como preconizado por Buzaid.¹⁷

Ao revés, o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito

11. Apud BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 101.

12. Nashville C. and St. Louis Railway vs. Wallace 288 U.S. 249. Cf. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 101; BUZOID, Alfredo. *Da ação direta...*, cit., p. 27-9; JAFFIN. *Evolução...*, op. cit., p. 290-1; ARECHAGA, Eduardo Jiménez. *A ação declaratória de inconstitucionalidade na Constituição uruguaia de 1934*, RF, 86:293-300.

13. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 101 e 105-10; BUZOID, Alfredo. “*Juício de amparo*” e mandado de segurança, *Revista de Direito Processual Civil*, 5:69; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 5.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 58-60.

14. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 102-5.

15. Cf., a propósito, SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 125-30.

16. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 97; cf., a propósito, BASTOS, Celso. *Curso...*, op. cit., p. 58.

17. *Da ação direta...*, op. cit., p. 24.

brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. “*É mister – diz Lúcio Bittencourt – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva*”.¹⁸

Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes.¹⁹

Convém ressaltar que a distinção consagrada na doutrina entre os controles “*abstrato*” e “*concreto*”, ou entre controle por via de ação e controle por via de exceção, não tem a relevância teórica que, normalmente, se lhe atribui.

Nos modelos concentrados, a diferenciação entre controle concreto e abstrato assenta-se, basicamente, nos pressupostos de admissibilidade (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*). O controle concreto de normas tem origem em uma relação processual concreta, constituindo a relevância da decisão (*Entscheidungserheblichkeit*) pressuposto de admissibilidade.²⁰ O chamado controle abstrato, por seu turno, não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano (*Lebensvorgang*).²¹ Schlaich ressalta a

18. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 111-12; cf., sobre o tema, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 795.

19. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 113.

20. SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht; Stellung Verfahren, Entscheidungen*, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 1994, p. 92; PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht; die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 3.ª ed., München, C. H. Beck, 1991, p. 202; cf., também, CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 1972, p. 4-10; CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, in: Opere giuridiche*, Napoli: Morano, 1968, v. 3, p. 373 e s.; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, Bologna: Mulino, 1979, p. 84 e s.

21. SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 92; PESTALOZZA. *Verfassungsprozessrecht*, op. cit., p. 202; SÖHN, Hartmut. *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Christian Starck (org.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl., Tübingen, Mohr, 1970, v. 1, p. 296; Theodor Maunz et al., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz; Kommentar*, München, C. H. Beck, Okt. 1985, § 13, n. 58.

equivocidade desses conceitos, porquanto o controle realizado, a decisão proferida e as conseqüências jurídicas são verdadeiramente abstratas, na medida em que se processam independentemente do feito originário. Em outros termos, o controle e o julgamento levados a efeito pelo tribunal estão plenamente desvinculados do processo originário, tendo, por isso, conseqüências jurídicas idênticas.²²

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura "antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica".²³

Como observado, a Constituição de 1934 consagrou a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 91, IV, c/c o art. 96). E, no art. 179, condicionou a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais ao sufrágio da maioria absoluta.

Tais modificações são reveladoras de uma nítida diferenciação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Embora preservasse a competência do juiz singular para apreciar a questão constitucional, o constituinte estabelecia pressupostos para a declaração de inconstitucionalidade das leis pelos tribunais. Em verdade, o anteprojeto da comissão constitucional atenuava ou até retirava o caráter difuso da declaração de inconstitucionalidade da lei federal concentrando no Supremo Tribunal a decisão final.

A proposta foi rejeitada, introduzindo-se, em seu lugar, a exigência do *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade.

Subordinou-se a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal que declarasse a inconstitucionalidade da lei ou ato à resolução do Senado Federal (art. 91, IV).

22. SCHLAICH. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 91-92; cf. Lei do *Bundesverfassungsgericht*, §§ 31, (1) e (2) (efeito vinculante e geral), e 78 (nulidade).

23. BUZAIID, Alfredo. "Juicio de amparo"..., *Revista de Direito Processual Civil*, op. cit. p. 69. Cf., também, ZAGREBELSKY. *La giustizia*..., op. cit., p. 84; CAPPELLETTI, Mauro. *La pregiudizialità*..., cit., p. 4-10.

Essa atribuição reconhecida ao Senado mereceu crítica de Araújo Castro, que entendia indevido o deslocamento da matéria da esfera judiciária.²⁴ Ressalte-se que, na Assembléia Constituinte, o deputado Godofredo Vianna apresentou emenda do seguinte teor:

"Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República fará publicar a última decisão no órgão oficial da União e no Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil."²⁵

Não obstante, o sistema de declaração de inconstitucionalidade por todos os juízes e tribunais, exigida, no caso destes, a observância do *quorum* especial, e a suspensão pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional, pelo Supremo Tribunal, foram incorporados pela Constituição de 1946 (arts. 101, III, *b* e *c*, 200 e 64), pela Constituição de 1967/1969 (arts. 119, III, *a*, *b*, *c*, 116, e 42, VII) e pela Constituição de 1988 (CF, art. 97 e 52, X).

6.2 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE CONCRETO

6.2.1 Requisitos Subjetivos

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no Direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência.²⁶ A decisão, "que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito",²⁷ tem o condão, apenas, de

24. ARAÚJO CASTRO. *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247.

25. ARAÚJO CASTRO. *A nova Constituição*..., op. cit., p. 247.

26. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional*..., op. cit., p. 36-7 e 46.

27. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso*..., op. cit., p. 59; BUZAIID, Alfredo. "Juicio de amparo"..., *Revista de Direito Processual Civil*, op. cit. p. 69.

afastar a incidência da norma viciada. Daí, recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/1969, art. 42, VII).²⁸

A questão de constitucionalidade há de ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal.²⁹ Todavia, perante o tribunal, a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial”, disciplinado no art. 144, V, da Constituição de 1967/1969.³⁰

A exigência de maioria absoluta dos votos para a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais, introduzida pela Carta de 1934 (art. 179) e reproduzida nas subseqüentes (CF de 1937, art. 96; CF de 1946, art. 200; CF de 1967/1969, art. 116; CF 1988, art. 97), deu ensejo a acesa polêmica sobre a possibilidade de o juiz singular pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade.³¹ Prevaleceu, todavia, o entendimento que afirmava a competência do juiz singular para apreciar a controvérsia constitucional.³²

6.2.2 Requisitos Objetivos

Inexiste uma disciplina minudente da questão constitucional, no controle *incidenter tantum*.

28. O ordenamento constitucional de 1988 manteve inalterada essa orientação (CF 1988, art. 52, X). A amplitude emprestada ao controle abstrato de normas e a adoção de novos institutos, como o mandado de injunção, permitem indagar se não seria mais coerente reconhecer eficácia *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Não há dúvida de que já não mais subsistem as razões que determinaram a adoção desse instituto pelo Direito Constitucional brasileiro.

29. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 113.

30. Esse princípio foi mantido na Constituição de 1988 (art. 97).

31. Patrocínio (Minas Gerais). Juízo de Direito da Comarca. *Inconstitucionalidade das leis...*, por MARTINS DE OLIVEIRA, RF, 65:170; MIRANDA, Vicente Chermont. *Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular*, RF, 92:582; LIMA, Alcides de Mendonça. *Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis*, RF, 123:347 e 352.

32. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 36-8; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria...*, op. cit., p. 161-2.

O Decreto n. 848, de 1890, consagrou fórmula segundo a qual, “na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. E a Lei de Organização da Justiça Federal estabeleceu, no art. 13, § 10, que “os juízes e tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais”. Os Textos Magnos passaram a exigir, a partir de 1934, que a declaração de inconstitucionalidade, nos tribunais, somente haveria de ser proferida pelo voto da maioria absoluta dos juízes.

A questão constitucional mereceu pouca atenção do legislador. A exigência quanto à declaração de inconstitucionalidade dos atos manifestamente inconstitucionais não foi recebida pela legislação subseqüente, tendo-se assentado, entre nós, como regra de bom aviso, que recomenda ao juiz um mínimo de *self-restraint*.³³ Esse postulado conjuga-se, normalmente, com a máxima segundo a qual “o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado”.³⁴ Sem infirmar a valia desse princípio como referencial de autolimitação para o juiz, deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal já não lhe empresta adesão, conforme se depreende do disposto no art. 176 do Regimento Interno. Anteriormente, já havia sustentado Lúcio Bittencourt que, “sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese”.³⁵

O Código de Processo Civil de 1939 não continha disciplina específica sobre o controle de constitucionalidade.

A Lei Processual de 1973 introduziu, nos arts. 480 a 482, breve disciplina do controle de constitucionalidade *incidenter tantum*, exercido por órgãos fracionários dos tribunais.³⁶ Argüida, a qualquer

33. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 115-16; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade...*, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 81-4; cf., também, a crítica de José de Castro Nunes. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 591.

34. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 116-18.

35. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 118.

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 5, p. 41; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 6, p. 79 e s.

tempo, a questão, o relator deverá submetê-la à Turma ou à Câmara competente para julgar o processo, após a audiência do órgão do Ministério Público (art. 480). Rejeitada a questão, terá prosseguimento o feito; acolhida, há de ser lavrado o acórdão a fim de ser submetida ao Tribunal Pleno (art. 481).

A arguição de inconstitucionalidade poderá ser rejeitada, no órgão fracionário, por *inadmissível* ou *improcedente*:

a) a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicado à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público.³⁷

b) a questão de inconstitucionalidade há de ser relevante para o julgamento da causa, afigurando-se "inadmissível a arguição impertinente, relativa a lei ou a outro ato normativo de que não dependa a decisão sobre o recurso ou a causa".³⁸

c) a arguição será improcedente, se o órgão fracionário, pela maioria de seus membros, rejeitar a alegação de desconformidade da lei com a norma constitucional.

O pronunciamento do órgão fracionário, pela rejeição ou acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, é irrecorrível.³⁹ Rejeitada a arguição, "prosseguirá o julgamento", podendo o órgão fracionário aplicar à espécie a lei ou ato normativo acoimado de inconstitucional.

Acolhida a arguição, que poderá ser por maioria simples, "será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno" (art. 481), ou ao órgão especial (CF 1988, art. 97).⁴⁰ Dá-se "a cisão funcional da competência: ao Plenário caberá pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, depois, à vista do que houver assentado o plenário, decidir a espécie".⁴¹

37. MOREIRA. *Comentários...*, op. cit., p. 48.

38. MOREIRA. *Comentários...*, op. cit., p. 46; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 82.

39. Cf. Súmulas 293 e 513 do STF.

40. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 82.

41. MOREIRA. *Comentários...*, op. cit., p. 50.

O Projeto de Lei n. 2.960, de 1997, encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional, propõe alteração do art. 482 do Código de Processo Civil, para admitir que as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado e os titulares do direito de propositura, referidos no art. 103 da Constituição, exerçam direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade, assegurando-se-lhes o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. Ademais, o referido Projeto autoriza o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.⁴²

Tais providências conferem um caráter pluralista também ao processo incidental de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão. A possibilidade de manifestação de outros órgãos ou entidades representativas cria, outrossim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade.

Assente-se que o Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre a parte julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara. A arguição de inconstitucionalidade será acolhida se lograr reunir a *maioria absoluta dos votos*, pelo menos em relação a um dos vários fundamentos. Do contrário, independentemente do resultado da votação, as conseqüências são as mesmas.⁴³

42. Projeto de Lei n. 2.960, de 1997: "Art. 29. Acrescentem-se os seguintes parágrafos ao art. 482 do Código de Processo Civil:

"§ 1.º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2.º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3.º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

43. MOREIRA. *Comentários...*, op. cit., p. 53.

A decisão do Plenário, que é irrecorrível,⁴⁴ vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao “julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável”.⁴⁵ Publicado o acórdão, reinicia-se o julgamento da *questão concreta* perante o órgão fracionário.

Acentue-se que a aplicação do art. 97 da Constituição de 1988 obriga a que se proceda à juntada do acórdão proferido no Pleno ou no órgão especial sobre a inconstitucionalidade da lei, sob pena de, no caso de interposição de recurso de extraordinário, entender o Supremo Tribunal Federal que não pode conhecer do apelo extremo, por ausência de peça essencial para o julgamento definitivo. É o que se lê, v.g., no AgRegRE 158.540, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, no qual se acentua que “a ausência do acórdão plenário que reconheceu a ilegitimidade constitucional de atos normativos emanados do Poder Público impede – ante a essencialidade de que se reveste essa peça processual – que o Supremo Tribunal Federal aprecie, de modo adequado, a controvérsia jurídica suscitada”.⁴⁶ A jurisprudência do Tribunal enfatiza não ser suficiente a transcrição do decidido pelo órgão especial ou pelo Plenário ou a juntada do voto condutor, porquanto “é no acórdão do Plenário que se há de buscar a motivação da decisão recorrida, com respeito à arguição de inconstitucionalidade”.⁴⁷

Ao contrário, se se trata de declaração incidente de constitucionalidade – e não de inconstitucionalidade – “o acórdão do Plenário que, decidindo incidente suscitado em outro processo, já houver resolvido no mesmo sentido, a prejudicial de inconstitucionalidade é mero precedente de jurisprudência, que não integra, formalmente, porém, a decisão da Câmara ou da Turma”.⁴⁸ É que

44. Súmula 513 do STF; cf., também, Súmula 293.

45. MOREIRA. *Comentários...*, op. cit., p. 54.

46. AgReg.RE 158.540- 4, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 23.05.1997, p. 21.375.

47. AgRRE 164.569, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 04.02.1994, p. 923.

48. AgRRE n. 149.478, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 23.04.1993, p. 6926.

a competência para decidir pela constitucionalidade de lei é da turma.⁴⁹

Outro ponto digno de nota, no que se refere à interpretação do art. 97 da Constituição, tem por base a necessidade ou não de se provocar o Plenário ou o órgão especial do Tribunal toda vez que se renovar, em outro caso, a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei que já teve a sua legitimidade discutida no âmbito do Tribunal. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, fixada a orientação do Pleno ou do órgão especial, nos termos do art. 97 da Constituição, em um caso qualquer, poderá o órgão fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão do Pleno ou do órgão especial.⁵⁰

Em outros termos, um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de uma mudança de orientação por parte do próprio Tribunal.

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição, na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em acórdão proferido no RE 190.728, teve a 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, por maioria de votos, vencido o Ministro Celso de Mello,⁵¹ afirmar a dispensabilidade de

49. AgRRE n. 161.475, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 11.02.1994, p. 1496.

50. RE 190.728, Relator para acórdão: Ministro Ilmar Galvão, DJ de 30.05.1997.

51. O voto do Ministro Celso de Mello enfatiza os seguintes aspectos: “O sistema de fiscalização incidental de constitucionalidade acha-se regido, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelos arts. 176/177 e 101 de seu Regimento Interno, que foram recebidos, nesse ponto, pelo novo ordenamento constitucional, com força normativa de lei.

Tratando-se, no entanto, dos demais tribunais judiciários, o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso está disciplinado pelos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, em normas que, ao contrário do que prescreve o art. 101 do RISTF, não atribuem à decisão emanada do Plenário caráter vinculante fora do âmbito daquele específico processo em que foi suscitada, concretamente, a arguição incidental.

Daf, a observação feita por José Carlos Barbosa Moreira que, ao tratar do tema pertinente à eficácia da decisão plenária proferida no julgamento da

se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada.

É o que se pode depreender do voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, designado relator para o acórdão, *verbis*:

questão prejudicial de inconstitucionalidade, esclarece, com inteira propriedade, que:

"A decisão do plenário (ou do órgão especial), num sentido ou noutro, é naturalmente vinculativa para o órgão fracionário, no caso concreto. Mais exatamente, a solução dada à prejudicial incorpora-se no julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável.

Nenhuma regra legal existe, porém, que a torne obrigatória *ad futurum*. Se a inconstitucionalidade foi declarada, o órgão fracionário não pode deixar de levá-la em conta ao decidir; mas, ressuscitada que seja a questão a propósito de *outro* recurso ou de *outra* causa da sua competência originária, ou devolvida por força do art. 475, fica o órgão fracionário, à luz do Código, livre de entender constitucional a mesma lei ou o mesmo ato e, sendo o caso, aplicar este ou aquela à nova espécie. Se não se declarou a inconstitucionalidade, nenhum dispositivo do Código obsta a que, noutro feito, volte a arguição a ser suscitada, acolhida pelo órgão fracionário e, eventualmente, pelo próprio tribunal pleno, ou pelo "órgão especial". No plano da lei, a eficácia do pronunciamento é só intraprocessual.

Não há que cogitar aqui de *auctoritas rei iudicatae*. O Código expressamente limita a extensão objetiva da coisa julgada ao julgamento da lide (art. 468) e exclui desse âmbito "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo" (art. 469, inciso III)." (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 42, item n. 37, 6ª ed., 1993, Forense - grifei).

A disciplina ritual que rege a declaração incidental de inconstitucionalidade, especialmente no ponto em que se impunha a atuação do princípio da reserva de Plenário, não foi observada no caso presente.

Como já enfatizado, o acórdão ora questionado nesta sede recursal extraordinária - e que veiculou *declaração de inconstitucionalidade* de ato de caráter legislativo - emanou de simples órgão fracionário do Tribunal a quo, circunstância esta que faz transparecer, de modo evidente, o claro descumprimento, no caso em análise, do postulado constitucional da reserva de Plenário consagrado pelo art. 97 da Constituição.

Sendo assim, conheço e dou provimento ao recurso extraordinário fundado no art. 102, III, a, da Constituição, para, cassando o acórdão ora impugnado, determinar que o órgão fracionário do Tribunal a quo - tendo presente a disciplina ritual fixada pelo CPC (art. 480/482) e, sobretudo, a regra inscrita no art. 97 da Carta Política, proceda como entender de direito (RE 190.728, DJ 30.05.1997)."

"Esta nova e salutar rotina que, aos poucos vai tomando corpo - de par com aquela anteriormente assinalada, fundamentada na esteira da orientação consagrada no art. 101 do RISTF, onde está prescrito que "a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, aplica-se aos novos feitos submetidos às Turmas ou ao Plenário" - além de, por igual, não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio insculpido no art. 97, da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira.

Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial."⁵²

Na ocasião, acentuou-se que referido entendimento fora igualmente adotado pela 2.ª Turma, como consta da ementa do acórdão proferido no AgRegAI 168.149, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio:

"Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez pri-

52. DJ de 30.05.1997.

meira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo.”⁵³

Orientação semelhante vem de ser reiterada, em decisão recente, na qual se explicitou que “o acórdão recorrido deu aplicação ao decidido pelo STF nos RREE 150.755-PE e 150.764-PE”, não havendo necessidade, por isso, de a questão ser submetida ao Plenário do Tribunal.⁵⁴

Em acórdão de 22.08.1997, houve por bem o Tribunal ressaltar, uma vez mais, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se da presunção de constitucionalidade que os protege, somado a razões de segurança jurídica. Assim sendo, “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”.⁵⁵

Essa orientação racionaliza o procedimento relativo ao incidente de controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais. Não há necessidade de que se renove, continuamente, o complexo processo previsto no art. 97 da Constituição, se a posição do Tribunal não sofreu alteração significativa.

Esse entendimento jurisprudencial marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito

53. AgRegAI n. 168.149, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 04.08.1995, p. 22.520.

54. Ag.RegAI n. 167.444, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 15.09.95, p. 29.537.

55. RE n. 191.898, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 22.08.1997, p. 38.781.

vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

A Lei n. 9.756, de 17.12.1998 introduziu um parágrafo único ao art. 481 da Lei n. 5.869, de 11.01.1973 (Código de Processo Civil), que positiva a orientação jurisprudencial acima referida, nos seguintes termos:

“Art. 481.....

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

A fórmula adotada consagra *in totum* a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, assentando a dispensabilidade da submissão da questão constitucional ao tribunal pleno ou ao órgão especial na hipótese de o próprio Tribunal já ter adotado posição sobre o tema, ou, ainda, no caso de o plenário do Supremo do Tribunal Federal já se ter pronunciado sobre a controvérsia.

Todavia, diante dos múltiplos aspectos que envolvem a própria argumentação relacionada com os fundamentos da inconstitucionalidade, afigura-se razoável – senão obrigatório – que se reconheça a todos aqueles que participam de demandas semelhantes no âmbito do primeiro grau o direito de participação no julgamento a ser levado a efeito pelo Pleno ou pelo órgão especial do Tribunal.

Assim, afigura-se recomendável que se introduza uma nova alteração ao art. 482 do Código de Processo Civil, de modo a assegurar o direito de manifestação no incidente de inconstitucionalidade aos demais interessados na controvérsia constitucional submetida ao plenário ou órgão especial do Tribunal.

6.3 O CONTROLE INCIDENTAL DE NORMAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6.3.1 Considerações Preliminares

A disciplina do controle incidental de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal sofreu significativa mudança. Traduzindo as concepções então vigentes, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 1940, consagrava, no art. 85, parágrafo único, que:

“se por ocasião do julgamento de qualquer feito se verificar que é imprescindível decidir-se sobre a constitucionalidade ou não de alguma lei, ou de certa e determinada disposição nela contida, ou de ato do Presidente da República, o Tribunal, por proposta do Relator, ou de qualquer de seus membros, ou a requerimento do Procurador-Geral, depois de findo o relatório, suspenderá o julgamento para deliberar na sessão seguinte, preliminarmente, sobre a argüida inconstitucionalidade, como prejudicial.”

O art. 86 do Regimento previa que, se a argüição de inconstitucionalidade ocorresse perante qualquer das Turmas, competia ao Tribunal Pleno julgar a prejudicial de inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado.

O Regimento do Supremo Tribunal Federal vigente consagra, no art. 176:

“Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.”

Não se enfatiza mais a imprescindibilidade do julgamento da questão para a decisão do caso concreto, afigurando-se suficiente

a argüição de inconstitucionalidade. Nos processos de competência das Turmas, dar-se-á a remessa do feito ao julgamento do Plenário, em caso de relevante argüição de inconstitucionalidade (RISTF, art. 176, § 1.º, c/c o art. 6.º, II, a).

O julgamento da matéria exige *quorum* de oito ministros (RISTF, art. 143, parágrafo único), somente podendo ser proclamada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito ou ato impugnado se, num ou noutro sentido, se tiverem manifestado seis ministros (RISTF, art. 173, *caput*, c/c o art. 143). No caso de ausência de ministros em número que possa influir no julgamento, proceder-se-á à sua suspensão, aguardando-se o comparecimento dos ausentes (RISTF, art. 173, parágrafo único), ou convocando-se ministros do Tribunal Federal de Recursos (RISTF, art. 40).

Não será declarada a inconstitucionalidade se não for alcançada a maioria de seis votos (RISTF, art. 173 c/c o art. 174). Declarada, porém, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, serão comunicados os órgãos interessados, remetendo-se cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, para os fins do disposto no art. 42, VII, da Constituição Federal de 1967/1969.

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, firmada nos termos do art. 178 do Regimento Interno, aplica-se a todos os casos submetidos às Turmas ou ao Plenário (RISTF, art. 103 c/c o art. 11, I e II), assegurando-se, porém, a qualquer ministro, o direito de propor, em novos feitos, a revisão do entendimento assentado.

Evidentemente, no caso de declaração de inconstitucionalidade, essa revisão não mais deverá ocorrer após a comunicação da decisão ao Senado Federal.

Ou, ainda que isto se afigure possível, em hipóteses excepcionais, não produzirá nenhum efeito a revisão da jurisprudência, após a publicação da resolução suspensiva pelo Senado Federal. É este ato que atribui eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade.

6.3.2 O Papel do Senado Federal

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado *inconstitucional* pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo *constituente* para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões defi-

nitivas sobre inconstitucionalidade. A aparente originalidade da fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução da lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo.⁵⁶ Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí, ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade. E, como observado, a engenhosa fórmula mereceu reparos na própria Assembléia Constituinte. O Deputado Godofredo Vianna pretendeu que se reconhecesse, v.g., a inexistência jurídica da lei, após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade do diploma.⁵⁷

Mas, que efeitos hão de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional?

Lúcio Bittencourt afirma que “o objetivo do art. 45, n. IV – a referência diz respeito à Constituição de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”.⁵⁸ Outros reconhecem que o Senado Federal pratica ato político que “confere efeito geral ao que era particular (...), generaliza os efeitos da decisão”.⁵⁹

56. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 141.

57. ARAÚJO CASTRO. *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 247. Cf. ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, 15(57):234-7, jan./mar. 1978.

58. BITTENCOURT. *O controle jurisdicional...*, op. cit., p. 145.

59. BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, 13(50):61; cf. MARINHO, Josaphat. *O art. 64 da*

O Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado empresta eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte.⁶⁰

Mas, qual a dimensão dessa eficácia ampla? Seria a de reconhecer efeito retroativo ao ato do Senado Federal?

Também aqui não se logram sufrágios unânimes.

Themístocles Cavalcanti responde negativamente, sustentando que a “única solução que atende aos interesses de ordem pública é que a suspensão produzirá os seus efeitos desde a sua efetivação, não atingindo as situações jurídicas criadas sob a sua vigência”.⁶¹ Da mesma forma, Bandeira de Mello ensina que “a suspensão da lei corresponde à revogação da lei”, devendo “ser respeitadas as situações anteriores definitivamente constituídas, porquanto a revogação tem efeito *ex nunc*”.⁶² Enfatiza que a suspensão “não alcança os atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado, e os fatos consumados, ante sua irretroatividade, e mesmo os efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”. “O Senado Federal – assevera Bandeira de Mello – apenas cassa a lei, que deixa de obrigar, e, assim, perde a sua executoriedade porque, dessa data em diante, a revoga simplesmente”.⁶³

Não obstante a autoridade dos seus sectários, essa doutrina parece confrontar com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro.

Afirma-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia da inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório.⁶⁴ Se assim for, afigura-

Constituição e o papel do Senado, Revista de Informação Legislativa, 1(2); BUZAID, Alfredo. *Da ação direta...*, op. cit., p. 89-90; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle...*, op. cit., p. 162-6; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria...*, op. cit., p. 210; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 84.

60. MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, RTJ 38(1):20, 21, 23 e 28.

61. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle...*, op. cit., p. 164.

62. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria...*, op. cit., p. 211.

63. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria...*, op. cit., p. 211.

64. BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais...*, in: *Trabalhos jurídicos*, op. cit., p. 49, e *O direito do Amazonas ao Acre septentrional*, op. cit., p. 51-2; NUNES,

se inconcebível cogitar de “situações juridicamente criadas”, de “atos jurídicos formalmente perfeitos” ou de “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos”, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito.

É verdade que a expressão utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV), e reiterada nos textos de 1946 (art. 64) de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) – *suspender* a execução de lei ou decreto – não é isenta de dúvida. Originariamente, o substitutivo da Comissão Constitucional chegou a referir-se à “revogação ou suspensão da lei ou ato”.⁶⁵ Mas a própria *ratio* do dispositivo não autoriza a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de ineficácia* de caráter prospectivo. A proposta de Godofredo Vianna reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “*em mais de um aresto*” do Supremo Tribunal Federal. Nos debates realizados preponderou, porém, a idéia de se outorgar ao Senado, erigido, então, ao papel de coordenador dos poderes, a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Na discussão travada no Plenário da Constituinte, destacaram-se as objeções de Levi Carneiro, contrário à incorporação do instituto ao Texto Magno. Prevaleceu a tese perfilhada, dentre outros, por Prado Kelly, tal como resumida na seguinte passagem:

“Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Cons-

José de Castro. *Teoria e prática...*, op. cit., p. 588; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta...*, cit., p. 128; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 460-1.

65. ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, op. cit., p. 247.

tuição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos (...)

Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.”⁶⁶

Na Assembléia Constituinte de 1946, reencetou-se o debate, tendo-se destacado, uma vez mais, na defesa do instituto, a voz de Prado Kelly:

“O Poder Judiciário só decide em espécie.

É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado.

Quanto ao primeiro ponto, quero lembrar que na Constituição de 34 existe idêntico dispositivo.

Participei da elaboração da Constituição de 34. De fato, tentou-se a criação de um quarto poder; entretanto, já há muito o Senado exercia a função controladora, fiscalizadora do Poder Executivo.

O regime democrático é um regime de legalidade. No momento em que o Poder Executivo pratica uma ilegalidade, a pretexto de regulamentar uma lei votada pelo Congresso, exorbita nas suas funções. Há a esfera do Judiciário, e este não está impedido, desde que é violado o direito patrimonial do indivíduo, de apreciar o direito ferido.

Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos

66. ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, op. cit., p. 260.

diante de uma função judicante, mas de fiscal do arbítrio do Poder Executivo. O dispositivo já constava da Constituição de 34 e não foi impugnado por nenhum autor ou comentador que seja do meu conhecimento. Ao contrário, foi um dos dispositivos mas festejados pela crítica, porque atendia, de fato, às solicitações do meio político brasileiro.”⁶⁷

Ante as críticas tecidas por Gustavo Capanema, ressaltou Nereu Ramos que:

“A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário, inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional, porque desde que o Judiciário declara inconstitucional, o Presidente da República não pode declarar constitucional.”⁶⁸

Parecia evidente aos constituintes que a *suspensão da execução* da lei, tal como adotada em 1934, importava na *extensão dos efeitos* do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado *caráter ampliativo* e não apenas *paralisante* ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócua seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Percebeu, com peculiar lucidez, essa realidade o saudoso Senador Accioly Filho, que, em brilhante pronunciamento, consagrou o que, a nosso ver, configura a melhor doutrina, na espécie:

67. ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, op. cit., p. 267-8.

68. ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, op. cit., p. 268.

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera *ex nunc*, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é *ex tunc*, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o *quorum* qualificado.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos *erga omnes* à decisão.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão

por declaração de inconstitucionalidade opera efeito *ex tunc*, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade.”⁶⁹

Adiante, o insigne parlamentar concluía, com exatidão:

“Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3.º, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...)

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.”⁷⁰

Esta colocação parece explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal. A suspensão constitui ato político que

69. Brasil. Congresso, Senado Federal, Parecer n. 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho, Revista de Informação Legislativa, 12(48):266-8.

70. BRASIL. Congresso, Senado Federal, Parecer n.º 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho, Revista de Informação Legislativa, op. cit., p. 268.

retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressalta, igualmente, o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”.⁷¹

Vale recordar, a propósito, que no MS 16.512 (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), de 25.05.1966, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir largamente a natureza do instituto, infirmo a possibilidade de o Senado Federal revogar o ato de suspensão anteriormente editado, ou de restringir o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de Mandado de Segurança impetrado contra a Resolução n. 93, de 14.10.1965, que revogou a Resolução anterior (n. 32, de 25.03.1965), pela qual o Senado suspendera a execução de preceito do Código Paulista de Impostos e Taxas.

A Excelsa Corte pronunciou a inconstitucionalidade da resolução revogadora, contra os votos dos ministros Aliomar Baleeiro e Hermes Lima, conhecendo do mandado de segurança como *representação*, tal como proposto pelo Procurador-Geral da República, Dr. Alcino Salazar.⁷²

71. RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos, RDA, 105:111(113). Evidentemente, esta eficácia ampla há de ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações. Tanto a *coisa julgada* quanto outras *fórmulas de preclusão* podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. Assim, operada a decadência ou a prescrição, ou decorrido *in albis* o prazo para a propositura da ação rescisória, não há mais que se cogitar da revisão do ato viciado. Alguns sistemas jurídicos, como o alemão, reconhecem a subsistência dos atos e decisões praticados com base na lei declarada inconstitucional, desde que tais atos já não se afigurem suscetíveis de impugnação. A execução desses atos é, todavia, inadmissível. Exclui-se, igualmente, qualquer pretensão de enriquecimento sem causa. Admite-se, porém, a revisão, a qualquer tempo, de sentença penal condenatória baseada em lei declarada inconstitucional (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 79). A limitação da retroatividade expressa, nesses casos, a tentativa de compatibilizar princípios de *segurança jurídica* e *critérios de justiça*. Acentue-se que tais limitações ressaltam, outrossim, a *necessária* autonomia jurídica desses atos.

72. RTJ 38(1):8-9.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional. Nessa linha de entendimento, ensinava o saudoso Ministro Victor Nunes:

“(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar.”⁷³

Todavia, em se procedendo à suspensão do ato que teve a inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia aquela Alta Casa do Congresso revogar o ato anterior.⁷⁴ Da mesma forma, o ato do Senado haveria de se ater à “extensão do julgado do Supremo Tribunal”,⁷⁵ não tendo “competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la.”⁷⁶

Vê-se, pois, que, tal como assentado no preclaro acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes.

Cobra relevo ressaltar que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão de efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

73. Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ 38(1):23.

74. Nesse sentido, v. votos proferidos pelos Ministros Gonçalves de Oliveira e Cândido Motta Filho, RTJ 38(1):26.

75. Voto do Ministro Victor Nunes Leal, MS 16.512, RTJ, 38(1):23.

76. Voto do Ministro Pedro Chaves, MS 16.512, RTJ, 38(1):12.

Caberia indagar se o Supremo Tribunal Federal poderia vir a reconhecer a constitucionalidade de lei anteriormente declarada inconstitucional, mesmo após a regular comunicação ao Senado. Considerando o lapso de tempo decorrido entre a comunicação e o novo julgado, a resposta poderá ser afirmativa. Assim como o Senado não está obrigado a suspender imediatamente o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nada obsta a que o Tribunal reveja a orientação anteriormente firmada. Neste caso, a suspensão superveniente não deverá produzir consequência juridicamente relevante.

Finalmente, deve-se observar que “a função política exercida pelo Senado é abrangente dos atos estaduais e municipais”. E não se restringe à *lei* ou *decreto*, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, “que de decretos fazem as vezes”.⁷⁷

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto.⁷⁸ Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a alta Casa do congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pela Excelsa Corte.

Tais colocações estão a demonstrar que o instituto da suspensão pelo Senado Federal é pertinente à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. À evidência, não há que se cogitar de extensão de efeitos, senão do pronunciamento vinculativo das partes.⁷⁹

77. Cf. ALENCAR. *A competência do Senado Federal...*, Revista de Informação Legislativa, op. cit., p. 304; RISTF, art. 178 c/c o art. 176.

78. Voto do Ministro Prado Kelly, MS 16.512, RTJ 38(1):16.

79. Adotando essa orientação, o Supremo Tribunal Federal não mais dá ciência ao Senado Federal da pronúncia de inconstitucionalidade *in abstracto*, desde 1977. Pareceres da Comissão de Regulamento (DJ de 16.05.1977).

6.3.3 A Suspensão pelo Senado Federal da Execução de Lei Declarada Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta - redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Finalmente, mencionem-se os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicitam que um dado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Todas essas razões demonstram a inadequação, o caráter obsoleto mesmo, do instituto de suspensão de execução pelo Senado no atual estágio do nosso sistema de controle de constitucionalidade.

6.4 NOTAS PECULIARES SOBRE O CONTROLE INCIDENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

6.4.1 Considerações Preliminares

Tal como amplamente ressaltado, o sistema de controle de constitucionalidade encontra-se numa fase de transição, reclamando alguns aperfeiçoamentos no plano do direito positivo ou, até mesmo, no plano exclusivamente jurisprudencial.

A adoção da ação civil pública e sua eventual utilização como instrumento de controle de constitucionalidade tem dado ensejo a

uma intensa discussão sobre a adequação desse instrumento como mecanismo de controle incidental de normas.

A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de um julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, estão a clamar por uma reforma mais radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós.

Nesse contexto, afigura-se oportuna a discussão sobre o incidente de constitucionalidade, proposto inicialmente na Revisão Constitucional de 1994, e, agora, devidamente reformulado, reapresentado no Substitutivo Jairo Carneiro (Projeto de Emenda Constitucional n. 96/92 – “Emenda do Judiciário”).

As duas questões, por sua relevância, merecem considerações específicas, como se verá a seguir.

6.4.2 A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle de Constitucionalidade

Como se sabe, no Brasil, a Lei n. 7.347, de 24.07.1985, consagrou a ação civil pública como instrumento de defesa dos chamados “interesses difusos e coletivos”. Nos termos da própria Lei Especial, a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. É, portanto, amplíssimo o objeto da ação civil pública na ordem jurídica brasileira, estando a sua utilização condicionada, fundamentalmente, apenas à própria definição do conceito jurídico indeterminado relativo aos “interesses difusos e coletivos”.

Esse objeto extremamente amplo tem ensejado, não raras vezes, a utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade. A despeito do embaraço que provoca, o tema não tem merecido, com uma ou outra exceção, reflexão mais acurada no âmbito da nossa Dogmática Constitucional.

A pergunta básica que se pretende introduzir é a seguinte: é legítima a utilização da ação civil pública na ordem jurídica brasileira para obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo? Evidentemente, essa questão sugere desdobramentos: em face das próprias especificidades processuais que caracterizam a ação civil pública, poder-se-ia ainda cogitar de um controle meramente incidental ou concreto de constitucionalidade cuja eficácia restaria limitada às partes envolvidas na controvérsia? Ou, de fato, estamos diante de um processo especialíssimo, de característica notoriamente objetiva, isto é, sem partes, no qual o requerente atua na defesa genérica do interesse público?

Em face das características especiais que ornaram a ação civil pública, seria lícito indagar sobre a sua adequação para o controle de constitucionalidade das leis na modalidade de controle incidental ou concreto. Em outros termos, seria possível que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação de uma dada norma federal ou estadual em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?

É fácil ver, desde logo, que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de “processos subjetivos”.

A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado. Assim sendo, afigura-se difícil senão impossível sustentar-se que a decisão que, eventualmente, afastasse a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, teria efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

É que, como já enunciado, a ação civil pública aproxima-se muito de um típico processo sem partes ou de um processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com escopo de garantir a tutela do interesse público.⁸⁰ Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se

80. KOCH, Harald. *Prozessführung im öffentlichen Interesse*. Frankfurt am Main, 1983, p. 1 e s.

compelido a estabelecer que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”.

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Já o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria um afazer político de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a *caso concreto*, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplíssimo, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

Deve-se acrescentar, ademais, que o julgamento desse tipo de questão pela jurisdição ordinária de primeiro grau suscita um outro problema, igualmente grave, no âmbito da sistemática de controle de constitucionalidade adotada no Brasil. Diferentemente da decisão *incidenter tantum* proferida nos casos concretos, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia fica adstrita às partes do processo, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pelo juiz de primeiro grau haveria de ser dotada de eficácia geral e abstrata. Nem poderia ser diferente: como as partes na ação civil pública atuam não na defesa de interesse jurídico específico, mas, propriamente, na proteção do interesse público, qualquer pretensão no sentido de limitar a eficácia das decisões proferidas nesses processos apenas às partes formais do processo redundaria na sua completa nulificação.

Em outros termos, admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado de controle de constitucionalidade, tem-se *ipso jure* a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, necessária e inevitavelmente, eficácia *inter partes*, dependendo a sua extensão de atuação do Senado Federal.

É certo, ademais, que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a *medida* ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de uma impugnação direta de lei.

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Afigura-se digno de referência acórdão no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas nas 2.^a e 3.^a Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese.⁸¹

A propósito, mencione-se a seguinte passagem do voto do eminente Relator, Ministro Francisco Rezek:

“A leitura do acervo aqui produzido faz ver que o objeto precípua das ações em curso na 2.^a e 3.^a Varas da Fazenda

81. Reclamação n. 434, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ de 09.12.1994.

Pública da Comarca de São Paulo é, ainda que de forma dissimulada, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Carta da República. As requerentes, ao proporem a providência cautelar, preparatória da ação principal, deixam claro que esta visa a "... decretar a ilegalidade da medida ..." (fls. 34). Ocorre que a "medida" tida por ilegal é a própria lei. E o juízo de inconstitucionalidade da lei só se produz como *incidente* no processo comum – controle difuso – ou como escopo precípua do processo declaratório de inconstitucionalidade da lei em tese – controle concentrado.⁸²

Essa orientação da Suprema Corte reforçava, aparentemente, a idéia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública haveria de restar ainda mais evidente, porquanto, diversamente na situação aludida no precedente referido, o autor aqui pede tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático teria força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, julgou improcedente a Reclamação n. 602-6/SP, de que foi Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, em data de 03.09.1997, cujo acórdão está assim ementado:

"Reclamação. Decisão que, em ação civil pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, a, da CF.

82. Reclamação n. 434, Relator: Ministro Francisco Rezck, DJ de 09.12.1994.

Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação."

No mesmo dia (03.09.1997) e no mesmo sentido o julgamento da Reclamação n. 600-0/SP, relatada pelo eminente Ministro Néri Da Silveira, ficando o aresto sintetizado, *in verbis*:

"Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei n. 8.024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar". 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação n. 434-1-SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei n. 8.024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta

a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra *b*, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, *a*), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, *ut* art. 16, da Lei n. 7.347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei n. 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar.”

Essa orientação do Supremo Tribunal Federal permite, aparentemente, distinguir a ação civil pública que tenha por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo daqueloutra na qual a questão constitucional configura simples questão prejudicial da postulação principal.

De qualquer sorte, não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há emprestar à decisão proferida em ação

civil pública – permite que com uma simples decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por se constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa, no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, a dimensão política inegável dessa modalidade, tudo leva a se não recomendar o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição no âmbito da ação civil pública.

6.4.3 Incidente de Inconstitucionalidade

Na Revisão Constitucional de 1994, afigurou-se acertado introduzir-se o chamado *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 constitucional suscitada.⁸³

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

83. Cf. Relatoria da Revisão Constitucional, 1994, tomo I, p. 317.

demandas, com prejuízos para as partes e para a própria segurança jurídica.

No substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de Emenda Constitucional n. 96/92 ("Emenda do Judiciário"), propunha-se a adoção do incidente de inconstitucionalidade, nos termos seguintes:

"Art. 107.

§ 5.º Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1.º, o Supremo Tribunal Federal, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no *caput* deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional."

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

Na nova versão do Relatório sobre a Reforma do Judiciário, apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira, reitera-se a idéia do incidente de inconstitucionalidade, tal como se pode ler no art. 103, parágrafo 5.º, *verbis*:

"Art. 103.

Parágrafo 5.º. O Supremo Tribunal Federal, a pedido das pessoas e entidades mencionadas no art. 103, de qualquer tribunal, de Procurador-Geral de Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado, quando for relevante o fundamento de controvérsia judicial sobre constitucionalidade lei, ato normativo federal ou de outra questão constitucional, federal, estadual ou municipal, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão, salvo para

medidas urgentes, de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada, ouvido o Procurador-Geral da República".

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 poderá ensejar a separação da questão constitucional para o seu julgamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal. Ao invés de *cisão funcional* no plano horizontal, tal como prevista no art. 97 da Constituição, ter-se-á uma *cisão funcional* no plano vertical.

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, n. 11, e § 80 e s.).

Todavia, as diferenças são evidentes.

Ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle 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 *uniformi-*

zação da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância.

A proposta apresentada pelo Deputado Aloysio Nunes Ferreira contém uma novidade específica em relação às propostas anteriores, pois permite que o próprio Tribunal eventualmente encarregado de julgar a questão constitucional, provoque o pronunciamento uniformizador do Supremo Tribunal Federal.

Nesse caso, ao invés de decidir a questão constitucional, na forma do art. 97, a Corte *a quo* poderá provocar um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Introduz-se, assim, modificação significativa no chamado “modelo incidental” de controle de constitucionalidade. Ao lado da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da lei, na forma do art. 97, poderá o Tribunal submeter a questão, diretamente, ao Supremo Tribunal Federal.

É fácil, pois, aqui uma aproximação maior entre o incidente de inconstitucionalidade e o chamado “processo de controle concreto” do sistema concentrado europeu.

Observe-se que, ao contrário do que ocorre no sistema europeu, que confere o monopólio de censura ao Tribunal Constitucional – e, portanto, obriga o juiz ou tribunal a encaminhar questão constitucional à Corte especializada –, o modelo proposto no Relatório Aloysio Nunes limita-se a facultar a submissão da controvérsia constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Assinale-se que, caso a proposta venha a ser aprovada, o modelo difuso de controle de constitucionalidade sofrerá uma profunda alteração. É que o modelo permitirá uma maior concentração da decisão sobre questões constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O incidente de inconstitucionalidade proposto oferece ainda 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, a uma outra 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 aparente 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, passará o ordenamento jurídico a dispor também 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.

Por último, convém ressaltar a importância da inovação contida no aludido instituto, que permite a instauração do incidente não apenas em relação a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, mas também em relação à interpretação constitucional.

6.5 CONCLUSÕES

Importante assinalar que, ao contrário do verificado sob as Constituições de 1946 e de 1967/69, o controle incidental ou difuso (controle concreto) perdeu, em grande parte, o seu significado sob

o modelo constitucional de 1988. A ênfase conferida pelo constituinte ao controle abstrato de normas propiciou uma concentração – ainda que relativa – da questão constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que o controle concreto de normas assumisse uma feição ancilar ou acessória na nova ordem constitucional.

Por outro lado, não parece subsistir dúvida de que o modelo difuso de controle de constitucionalidade, tal como estruturado entre nós, especialmente em razão da possibilidade ou da necessidade de esgotarem todos os recursos cabíveis, inclusive o recurso extraordinário, está a carecer de urgentes aperfeiçoamentos.

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Como já observado, o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos Tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade

de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.

Finalmente, mencionem-se os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um dado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos.

Faz-se mister, por outro lado, que se discutam fórmulas destinadas a modernizar o processo constitucional incidente, de modo a permitir que o Supremo Tribunal Federal, em casos mais relevantes, possa decidir determinadas questões antes mesmo da interposição dos recursos extraordinários. Nesse contexto, afigura-se importante a consideração do chamado incidente de constitucionalidade.

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

O incidente de inconstitucionalidade, se adotado, poderá propiciar ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de conhecer das questões antes mesmo que se consolidem orientações ou interpre-

tações outras, de difícil superação ou desfazimento. Trata-se, pois, de um instrumento que prestigia o princípio da segurança jurídica como base do Estado de Direito. O incidente de inconstitucionalidade proposto oferece ainda 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 comuns, 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.

Outra virtude inegável do instituto, cabe repetir, 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, passará o ordenamento jurídico a dispor também 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.

CONTRARIEDADE À CONSTITUIÇÃO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ASPECTOS INEXPLORADOS

7.1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 introduziu mudanças significativas no modelo de controle de constitucionalidade e de proteção do direito federal, instituindo um tribunal especial para conhecer das questões básicas relativas à alegação de afronta ao direito ordinário federal.

Essa opção do constituinte tem provocado não poucas perplexidades. A própria necessidade de separação de recursos e de sua duplicação — recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal — tem suscitado controvérsias de relevo.

Embora a doutrina ainda não tenha contemplado a questão com a necessária atenção, é certo que se, de um lado, a transferência para o Superior Tribunal de Justiça da atribuição para conhecer das questões relativas à observância do direito federal acabou por reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal às controvérsias de índole constitucional, não subsiste dúvida de que, por outro lado, essa alteração deu ensejo à Excelsa Corte para redimensionar o conceito de *questão constitucional*.

O próprio significado do princípio da legalidade, positivado no art. 5.º, II, da Constituição, terá que ser efetivamente explicitado, para que dele se extraiam relevantes consequências jurídicas já admitidas pela dogmática constitucional.