CLèMERSON MERLIN CLèVE

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

TESE

CONCURSO TITULAR

UFPR

1994

CLèMERSON MERLIN CLèVE

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

TESE APRESENTADA AO CONCURSO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL.

UFPR

1994

Para Marcela,

com amor

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

_____

_____

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADin - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AgRg - Agravo Regimental

BDA - Boletim de Direito Administrativo

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CPC - Código de Processo Civil

DJU - Diário de Justiça da União

JCJ - Juntas de Conciliação e Julgamento

MI - Mandado de Injunção

MP - Medida Provisória

MS - Mandado de Segurança

RDA - Revista de Direito Administrativo

RDP - Revista de Direito Público

RE - Recurso Extraordinário

Recl - Reclamação

RIL - Revista de Informação Legislativa

RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RMS - Recurso em Mandado de Segurança

Rp - Representação

RPGESP - Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo

RPGR - Revista da Procuradoria-Geral da República

RT - Revista dos Tribunais

RT CDCCP - Revista dos Tribunais Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política

RT CDTFP - Revista dos Tribunais Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas

RTDP - Revista Trimestral de Direito Público

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência

TFR - Tribunal Federal de Recursos

TP - Tribunal Pleno

TRF - Tribunal Regional Federal

ÍNDICE

Apresentação.....10

CAPÍTULO I

A CONSTITUIÇÃO E A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITOS OPERACIONAIS

1. A Constituição como lei fundamental.....13

2. A fiscalização da constitucionalidade e seus pressupostos.....18

2.1. A Constituição formal.....19

2.2. A compreensão da Constituição como lei fundamental.....21

2.3. A existência de um órgão competente.....24

3. Conceito e tipos de inconstitucionalidade.....24

3.1. Conceito de inconstitucionalidade.....25

3.2. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade.....26

3.2.1. Inconstitucionalidade formal e orgânica ou material.....26

3.2.1.1. Inconstitucionalidade formal e orgânica.....27

3.2.1.2. Inconstitucionalidade material.....29

3.2.2. Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial.....32

3.2.3. Inconstitucionalidade por ação e omissão.....34

3.2.4. Outras modalidades de inconstitucionalidade.....38

3.2.4.1. Inconstitucionalidade originária e superveniente.....38

3.2.4.2. Inconstitucionalidade antecedente (ou imediata) e consequente (ou derivada).....39

3.2.4.3. Inconstitucionalidade direta e indireta.....40

4. Os modelos de fiscalização da inconstitucionalidade.....40

4.1. O modelo inglês de ausência de fiscalização da constitucionalidade.....41

4.2. O modelo frânces de fiscalização política da constitucionalidade.....42

4.3. O modelo americano de fiscalização constitucional pelo Judiciário.....45

4.4. O modelo austríaco de fiscalização da constitucionalidade.....49

4.5. Outros modelos de fiscalização da constitucionalidade.....52

5. A fiscalização da constitucionalidade e suas formas de manifestação.....54

CAPÍTULO II

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

E A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

SEÇÃO I

HISTÓRICO DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE NA

EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

1. A Constituição de 1824.....85

2. A Constituição de 1891.....87

3. A Constituição de 1934.....89

4. A Constituição de 1937.....90

5. A Constituição de 1946.....91

6. A Emenda Constitucional nº 16/65.....93

7. A Constituição de 1967/69.....94

8. A Constituição de 1988.....96

SEÇÃO II

A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE

1. A FISCALIZAÇÃO INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE

1.1. A provocação da jurisdição constitucional concreta.....98

1.2. Como suscitar a questão constitucional.....104

1.3. Quem pode suscitar a questão constitucional.....105

1.4. Competência.....106

1.5. Procedimento.....110

1.6. Efeitos da decisão.....116

1.7. A suspensão pelo Senado Federal.....118

2. A AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA

2.1. Primeiros apontamentos.....128

2.2. Natureza.....131

2.3. Objeto.....132

2.4. Partes.....133

2.5. Procedimento.....135

2.6. Liminar e recurso.....136

2.7. O "ato" que suscita a representação interventiva..138

2.8. A solução do conflito federativo e a execução do julgado.....140

2.9. Considerações finais.....141

CAPÍTULO III

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE:

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Introdução.....160

A AÇÃO DIRETA GENÉRICA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. Primeiros apontamentos.....161

2. Natureza, finalidade e procedimento.....162

3. Legitimidade processual ativa e passiva.....167

3.1. O Procurador-Geral da República.....173

3.2. O Advogado-Geral da União.....177

4. Os atos impugnáveis por meio de ação direta genérica.....181

4.1. Emendas Constitucionais e Revisão.....187

4.2. Leis delegadas.....188

4.3. Medidas provisórias.....189

4.4. Regimentos das Casas Legislativas.....190

4.5. Tratados internacionais.....191

4.6. Atos normativos estrangeiros.....192

4.7. Regulamentos.....193

4.8. Regimentos dos Tribunais.....193

4.9. As sentenças normativas.....194

4.10. As convenções coletivas de trabalho.....195

5. A ação direta e os atos normativos anteriores à Constituição.....197

6. A parametricidade da fiscalização abstrata.....203

7. Comunicação ao Senado, prazo, recurso e perícia.....208

8. Possibilidade de cautelar.....209

9. A decisão e seus efeitos.....212

CAPÍTULO IV

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE: OUTRAS DIMENSÕES

SEÇÃO I

A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Introdução: histórico e razões da medida.....268

2. Finalidade.....276

3. Constitucionalidade da medida.....277

4. Utilidade da medida.....284

5. Diferença entre a ação direta de constitucionalidade e a avocatória.....287

6. Legitimidade ativa.....289

7. Objeto e parâmetro.....290

8. Condição de procedibilidade.....292

9. Possibilidade de liminar.....293

10. Procedimento.....295

11. A decisão e seus efeitos.....298

SEÇÃO II

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL:

A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

1. Considerações iniciais.....303

2. Uma Constituição dirigente para uma formação sócio-política de novo tipo.....304

3. A heterovinculação da Constituição e a força normativa (positiva e negativa) das disposições constitucionais.....308

4. Caracterização da inconstitucionalidade por omissão.....312

5. A omissão inconstitucional e suas modalidades.....317

6. A proteção contra as omissões normativas.....320

6.1. As técnicas jurídico-políticas.....321

6.2. As técnicas estritamente jurídicas.....323

7. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....325

7.1. Primeiros apontamentos.....325

7.2. Natureza, finalidade e procedimento.....327

7.3. Legitimidade processual ativa e passiva.....329

7.4. O Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.....330

7.5. As omissões impugnáveis.....331

7.6. A parametricidade da fiscalização abstrata da omissão inconstitucional.....332

7.7. Possibilidade de cautelar.....334

7.8. A decisão e seus efeitos.....334

7.9. O problema da decisão na inconstitucionalidade por omissão parcial.....338

8. Confronto entre a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.....346

8.1. Finalidade do *writ*.....349

8.2. Natureza da norma regulamentadora.....350

8.3. Competência.....351

8.4. Legitimidade ativa e passiva *ad causam*.....353

8.5. O provimento judicial.....354

SEÇÃO III

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA NO PLANO ESTADUAL

1. Fiscalização incidental.....365

2. Ação direta interventiva.....368

3. A fiscalização abstrata no plano estadual.....370

4. Características da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual.....375

5. A ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual e o problema da norma repetida.....380

Conclusão.....415

Bibliografia.....425

APRESENTAÇÃO

O God! ... Is all we see or seem
But a dream within a dream?

(**Edgar Allan Poe**)

Reunido o Congresso Revisor, certamente a Constituição de 1988 passará por reformulação. Observados os limites da empreitada (cuida-se de revisão e não do exercício do Poder Constituinte Originário), poderá o Congresso, com efeito, em algumas matérias, melhorar a Lei Fundamental brasileira.

O presente estudo dedica-se à análise de um dos pontos estruturais de nosso sistema jurídico: a jurisdição constitucional. Aliás, de uma dimensão da jurisdição constitucional: a fiscalização abstrata da constitucionalidade. Esta, como praticada no Brasil, os seus limites, as suas possibilidades, as suas deficiências, consubstancia o objeto do presente texto.

A análise da evolução da fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos demonstra que o nosso sistema constitucional manifesta indisfarçável tendência para o método de jurisdição constitucional concentrada. Bem por isso, vem diminuindo, sensivelmente, nos últimos anos, a importância da fiscalização difuso-

incidental. A influência do direito constitucional continental europeu, especialmente após a instituição, entre nós, da ação direta genérica de inconstitucionalidade, é indiscutível. Não obstante, a convivência dos modelos concentrado-principal e difuso-incidental caracteriza, ainda, a especificidade do sistema brasileiro de defesa jurisdicional da Constituição.

O trânsito do modelo difuso-incidental, exclusivo, para o de convivência com o concentrado-principal; a experiência brasileira acumulada quanto à fiscalização abstrata; os problemas que o texto constitucional suscita e as deficiências da Lei Fundamental de 1988 nesse território, constituem as difíceis e estimulantes problemáticas abordadas no presente estudo que, ao final, lança algumas sugestões para o aperfeiçoamento da disciplina constitucional da matéria.

As propostas de aperfeiçoamento não implicam, todavia, a redefinição do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade que parece se ajustar, ainda, aos horizontes de nossa formação sócio-política. Não se propõe, portanto, a substituição do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, por uma Corte Constitucional nos moldes europeus. Sugere-se, entretanto, que o Excelso Pretório, mantida a atual configuração, exerça exclusivamente jurisdição constitucional. Aceite-se que o exercício, simultâneo, pelo Supremo Tribunal Federal de jurisdição constitucional difuso-incidental (em face das competências originária, recursal ordinária e extraordinária) e concentrada (ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade positiva e por omissão) permite a acumulação das vantagens oferecidas pelos modelos americano e continental europeu.

Não se advoga, então, a criação de um modelo ideal de fiscalização da constitucionalidade, nem a cópia de um modelo tido como ideal. É preciso levar em conta, afinal, a advertência de Marx na *Crítica ao programa de Gotha*: **"não se pode reconhecer um sistema de direito mais elevado do que aquele que é permitido pela configuração de nível econômico e pela fase de desenvolvimento cultural determinada por essa configuração".** A experiência constitucional de outros países, não obstante, porque indispensável, é utilizada a todo instante para a melhor compreensão do nosso sistema jurisdicional de defesa da Constituição.

A estratégia perseguida neste texto, portanto, não se rende ao idealismo romântico dos que tudo querem modificar e, bem por isso, frustram-se com a descoberta de que "*Tudo depende do que não existe*" (Fernando Pessoa. *O peso de haver o mundo*. Poesias Coligidas), nem ao conservadorismo daqueles que tudo pretendem manter, sem modificação, porque o "*novo é incerto*". Se o autor se houve com acerto, porém, cabe ao tempo dizer!

CAPÍTULO I

A CONSTITUIÇÃO E A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITOS OPERACIONAIS

1. A Constituição como lei fundamental

Trata-se, no presente texto, de enfocar a Constituição, exclusivamente, como lei fundamental. É evidente que a Constituição pode ser estudada a partir de variados ângulos e de diferentes perspectivas (1). O conceito de Constituição, como se sabe, é sempre dependente do tipo de olhar científico que o estudioso faz incidir sobre o seu objeto de estudo.

As Constituições, no sentido jurídico, já foram compreendidas como mero instrumento de limitação do Estado. Assim suas disposições voltavam-se para os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo. Não vinculavam o Judiciário, nem o cidadão que não podia, em princípio, fundamentar uma pretensão perante o juiz valendo-se deste ou daquele dispositivo constitucional. Os direitos individuais consagrados nas primeiras Constituições francesas eram compreendidos como meras declarações que desafiavam, para operar força normativa a favor do cidadão, legislação integrativa (2). Aliás, aí, nessa oportunidade, a Constituição não passava de juridicização da política tal como compreendida pela burguesia. A Constituição era do Estado. A sociedade seria regida por outra sorte de domínio

normativo, especialmente o direito privado elaborado a partir da noção de autonomia da vontade.

As Constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador (3).

Por isso que a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus*, onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é, hoje, um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder Constituinte, de sua obra. A luta, que se trava no seio da Assembléia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso que a Constituição pode ser visualizada como processo e como espaço de luta (4).

Desde a ótica jurídica, a Constituição pode ser encarada como "garantia do *status quo* econômico e social" (5), como "instrumento de governo" (6), como "processo público" (7), como "conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem político-social e do seu processo de realização" (8), como "elemento regulativo do sistema político da sociedade" (9), como

"estatuto jurídico de definição e de limitação do poder político" (10) ou como "legitimação do poder soberano" (11).

Pouco importa o tipo de olhar jurídico que incide sobre a Constituição. Importa, para o presente texto, sim, a compreensão da Constituição como norma (12) e, mais do que isso, como norma fundamental.

A postura não precisa ser necessariamente tributária do pensamento normativista de Kelsen (13).

Não há dúvida que Kelsen formulou o discurso jurídico mais completo a respeito do escalonamento hierárquico das normas jurídicas. Nem por isso, todavia, o reconhecimento do escalonamento hierárquico da ordem jurídico-normativa importa em pronta adesão aos seus (de Kelsen) postulados formalistas. Com efeito, a história ocidental desde há muito tempo reconhece a existência de leis superiores, embora só recentemente tenha atribuído consequências jurídicas a esse fato. Daí porque a supremacia da Constituição decorre menos de postulados teóricos e mais de uma concepção histórica progressivamente incorporada à consciência jurídica da civilização ocidental (14).

Com razão, portanto, Jorge Miranda quando sustenta que "não é preciso entronizar as teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos. Apesar de só no século XX disso se ter tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento ..." (15).

A compreensão, todavia, da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento da

supremacia da Constituição na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) essa referida qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas a compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os seus comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material.

A Constituição, afinal, como quer Hesse, é uma "ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade" (16). É ordem fundamental, posto que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque além de normas contém uma ordem de valores: os conteúdos do direito, que não podem ser desatendidos pelo direito infraconstitucional. Aliás, é preciso dizer que dos valores consagrados pela Constituição, dos *standards* valorativos densificados nos princípios constitucionais e nos preceitos, especialmente aqueles definidores de direitos fundamentais, é possível deduzir uma teoria da justiça (17), válida e suficiente para servir de parâmetro obrigatório para a atuação dos operadores jurídicos, inclusive os juízes. E, finalmente, expressa, a Constituição, uma ordem aberta, porque mantém uma interação com a realidade. A Constituição contém um "registro de aprendizagem" (18), por isso que se comunica continuamente com a realidade histórica. A baixa densidade normativa da Constituição e a alta abstração de seus comandos constituem meios adequados para garantir a constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo o instante a manifestação do Poder Constituinte Derivado. A abertura da Constituição permite o que a doutrina vem chamando de mutação constitucional (19):- o evoluir

permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso. A força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada (20).

Cumpre concordar com Hesse: - a Constituição "a) determina os princípios directores (*Leitprinzipien*) segundo os quais se deve formar a "unidade política" e prosseguir a actividade estadual; b) regula o processo da solução de conflitos dentro da comunidade; c) ordena a organização e o processo de formação da unidade política e da actuação estadual; e d) cria os fundamentos e normativiza os princípios da ordem jurídica global" (21). Mas para cumprir essas funções, sem risco de quebra de seus postulados, precisa ser compreendida como norma e como lei fundamental.

E neste ponto é preciso reconhecer a contribuição americana ao direito constitucional moderno. Como lembra García de Enterría," o grande aporte americano ao direito moderno consistiu em fazer da Constituição um parâmetro normativo superior que decide a validade das leis editadas pelo Congresso" (22), parâmetro normativo que não fica fora do alcance dos juízes e tribunais.

Hoje, em todo o mundo:

> encontra-se superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples directivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais. Isso não impede naturalmente que se deva clarificar a tipologia das normas constitucionais e pontualizar a sua função e eficácia no contexto global da

> Constituição, pois é claro que nem todas as normas constitucionais têm a mesma natureza, estrutura e função, sendo variável a intensidade da sua força conformadora imediata. Todas elas, porém, possuem uma eficácia normativa, seja como direito actual directamente regulador de relações jurídicas (exemplo: normas consagradoras de direitos fundamentais), seja como elementos essenciais de interpretação e de integração de outras normas (exemplo: normas consagradoras de princípios políticos). A Constituição é, pois, um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função verdadeira de lei superior do Estado, que todos os órgãos vincula (23).

Por isso Vital Moreira e Canotilho ensinam, com acerto, que:

> está em crise a concepção clássica de Constituição que restringe a sua função à limitação do poder e à garantia das liberdades políticas. O Texto Constitucional não pode nem deve ser considerado como simples estatuto jurídico de repartição do poder do Estado e de garantia dos direitos e liberdades. A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem económica e social, mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como <mensagem> ou <utopia>, reconhecece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais. Consequentemente, a Constituição tanto é lei fundamental dos <direitos, liberdades e garantias>, como dos direitos económicos, sociais e culturais; tanto é imperativo jurídico no que respeita aos estatutos dos órgãos de soberania, como quando trata da organização económica ou das relações sociais em geral (24).

Apesar disto ainda há, lamentavelmente, inclusive no Brasil, aqueles que fazem força para não encontrar normatividade alguma nos preceitos constitucionais definidos como programáticos (25).

2. A fiscalização da constitucionalidade e seus

pressupostos

A fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos implica a satisfação de alguns pressupostos. São eles, pelo menos, os seguintes: (i) existência de uma Constituição formal; (ii) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais); e (iii) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade (26).

2.1. A constituição formal

Não há dúvida que desde um prisma material (sociológico ou político) todas as formações sociais, de não importa qual época, dispõem de uma Constituição. Afinal o poder encontra-se arranjado de certo modo, havendo, ainda que apoiada em arquitetura rudimentar, uma certa distribuição de tarefas entre os diversos órgãos componentes da Coletividade Política. Ninguém desconhece, igualmente, que a história da civilização ocidental não ignorou a existência de leis superiores,embora as tenha compreendido sempre desde um prisma eminentemente substantivo, já que disciplinavam aquelas temáticas mais significativas para esta ou aquela coletividade.

Todavia, a fiscalização da constitucionalidade exige mais do que uma Constituição. Exige uma Constituição compreendida como instrumento jurídico, por isso Constituição escrita e formalizada. Apenas com o surgimento do Estado de Direito, consolidado

com as revoluções burguesas (27), é que emerge a problemática da Constituição escrita e, pois, formal.

Por Constituição escrita ou formal a doutrina designa aquela elaborada, em princípio, de um golpe só, por um órgão dotado de poder suficiente (exercente de poder constituinte). Constitui, assim, documento normativo construído pela força da razão e não do tempo. Distingue-se, então, da Constituição apontada pela doutrina como costumeira, aquela elaborada lentamente, pela insistência dos costumes e pela ação imperceptível e irracional de um poder constituinte difuso, cristalizada pela história. É evidente que com o passar dos anos os costumes serão também reduzidos à conformação escrita, de modo que a expressão gráfica da normativa constitucional não evidencia critério suficiente para a discriminação de ambas as categorias (28).

A Inglaterra, ao contrário dos demais países do ocidente, alcançou o Estado de Direito prescindindo da noção de Constituição escrita. Por isso que o Reino Unido, ainda hoje, conta com uma Constituição costumeira (29). Adotando, ademais, o princípio da supremacia do Parlamento, não há razão para aceitar a fiscalização da constitucionalidade dos atos do Legislativo. Quanto à Constituição escrita, é preciso dizer que, embora necessário, não consiste em pressuposto suficiente para a fiscalização da constitucionalidade. É indispensável, também, a compreensão da Constituição como lei fundamental. A compreensão, todavia, da Constituição como lei fundamental é exigente de pelo menos três conceitos: a) rigidez constitucional; b) supremacia constitucional e c) distinção entre lei constitucional e lei ordinária .

2.2. A compreensão da Constituição como lei fundamental

Coube a Lord Bryce (30) estabelecer a distinção entre as Constituições rígidas e as flexíveis (31). Se as primeiras exigem um procedimento especial, em regra oneroso e complexo, para sua alteração, as flexíveis, ao contrário, não demandam mais do que o procedimento apropriado para a elaboração das leis comuns para sofrerem mudança.

Exemplo de Constituição flexível foi o Estatuto Albertino, o documento político que presidiu a unificação italiana. Seus preceitos poderiam ser alterados pelo mesmo procedimento utilizado para a elaboração das leis comuns. Bem por isso, segundo Celso Bastos, "o Legislativo comum tinha na verdade a condição permanente de Poder Constituinte" (32). Ora, a rigidez constitucional decorre da distinção entre o Poder Constituinte (ainda que derivado) e os Poderes Constituídos. Onde não há lugar para essa distinção, igualmente também não há lugar para a rigidez constitucional.

A fiscalização da constitucionalidade manifesta-se nos lugares que adotam Constituições rígidas.

Não seria impensável, todavia, a existência da referida fiscalização nos Estados regulados por Constituições flexíveis. Com efeito, se a inconstitucionalidade material é dependente da rigidez constitucional (incompatibilidade entre o conteúdo da lei ordinária e o da Constituição), a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente manifestar-se ainda que em face de uma Constituição flexível. Porque, estabelecido, ainda que em normativa constitucional despida de rigidez,

determinado procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade. O mesmo ocorre quanto à violação da norma que dispõe sobre o órgão competente para a produção da lei. A alteração do procedimento ou do órgão competente dependerá de lei criada de acordo com o procedimento e a norma de competência criticados. Como se vê, a Constituição flexível possibilita a emergência de inconstitucionalidade formal, mas jamais de inconstitucionalidade material. A rigidez constitucional, ao contrário, no caso de incompatibilidade, é determinante da emergência das duas espécies de inconstitucionalidade (33).

A rigidez constitucional autoriza a emergência da distinção entre a obra do Constituinte e a obra do Legislador. A segunda, encontrando o seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, ignorá-la. Existe, bem por isso, uma relação hierárquica (relação de fundamentação/derivação) necessária entre ambas.

A supremacia constitucional é dependente, em princípio, da rigidez constitucional. Mas a rigidez não é capaz, por si só, de assegurar a supremacia da Constituição. De fato, caminhe-se para o campo da história, e então compreender-se-á que a supremacia real de uma Constituição depende de sua efetividade (eficácia social). Sem efetividade (Constituição normativa) (34) não há supremacia real. Mas mesmo no campo estritamente jurídico, a supremacia imprescinde de uma certa "consciência constitucional", de um modo peculiar de cuidar e de compreender a Constituição.

As primeiras constituições européias, como referido, embora rígidas, nem por isso repousavam sobre uma

posição jurídica clara e privilegiada (35). Isto porque, compreendidas como meros documentos políticos, e não como norma, não vinculavam nem o Judiciário nem o cidadão. Não havia, ademais, nos primeiros anos após as revoluções burguesas, na Europa continental (não é o caso dos Estados Unidos), uma clara compreensão de que a Lei derivava da Constituição, encontrando nela o seu fundamento. Por isso que, a supremacia constitucional, nos séculos XVIII e XIX, salvo nos Estados Unidos, não ultrapassava o território da retórica, permanecendo destituída de qualquer consequência jurídica (36).

A compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete (37), são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional.

A supremacia constitucional deve vir acompanhada, também, de uma certa "consciência constitucional" , ou como prefere Hesse, de uma "vontade de constituição". Ela reclama a defesa permanente da Constituição e dos valores plasmados pelo Poder Constituinte no documento constitucional. Afinal, sem "consciência constitucional" ou sem "vontade de constituição", nenhuma sociedade consegue realizar satisfatoriamente sua Constituição ou cumprir com seus valores (38). Pressuposto, portanto, da fiscalização da constitucionalidade é a compreensão da Carta Magna como lei fundamental, o que implica a aceitação de sua supremacia e a "consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos" (39).

2.3. Existência de um órgão competente

Não se confundem, alerta Jorge Miranda, "inconstitucionalidade e fiscalização de inconstitucionalidade" (40). A última somente guarda sentido quando o direito atribui uma certa consequência (sanção) ao ato normativo violador da Constituição. Se a norma viciada não desafia a emergência de um mecanismo sancionatório (censura), então não há razão para a fiscalização de inconstitucionalidade.

Cite-se, neste ponto, outra vez Jorge Miranda: "... no século XX não só se perde o optimismo liberal acerca da Constituição e se adquire a convicção de que ela só poderá servir de garantia - de garantia dos direitos das pessoas ou da ordem social e política - se for garantida ..." (41).

O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização da constitucionalidade. Mas a fiscalização somente pode ocorrer se a própria Constituição atribuir, expressa ou implicitamente, a um ou mais órgãos, competência para exercitá-la. Esse órgão tanto pode exercer função jurisdicional, como política; tanto pode, no primeiro caso, integrar a estrutura do Judiciário, ou residir fora dela. O que importa é que promova a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, censurando aqueles violadores de preceitos ou princípios constitucionais.

3. Conceito e tipos de inconstitucionalidade

Convém precisar a noção de inconstitucionalidade e oferecer um panorama a respeito de sua tipologia.

3.1. Conceito de inconstitucionalidade

A doutrina costuma definir como inconstitucional um ato normativo cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, de modo expresso ou implícito, ao conteúdo de dispositivo constitucional (42).

Como sustenta Marcelo Neves, "é a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais" (43).

Adverte o Autor citado que:

> na acepção lógica dos termos, o problema não se reduz aos casos das leis em relação de contrariedade ou de contradição com a Constituição. Estas duas hipóteses correspondem apenas à inconstitucionalidade material, que implica contrariedade ou contradição, aplicando-se, com Bobbio, estes conceitos da lógica clássica às antinomias entre normas jurídicas. A inconstitucionalidade formal não resulta de contradição ou contrariedade, no sentido lógico dos termos, entre lei e Constituição. A incompatibilidade normativa, nesta hipótese, decorre da inadequação ou desconformidade do procedimento efetivo de elaboração legislativa (plano do ser) ao conteúdo de norma constitucional prescritiva do processo legislativo (plano do dever ser). Daí porque a definição de lei inconstitucional deve denotar não só a incompatibilidade resultante de contradição ou contrariedade entre conteúdos normativos (legal e constitucional), mas também a proveniente da desconformidade entre procedimento de produção normativa (legislativa) e conteúdo

> normativo (constitucional). No primeiro caso apresentam-se relações nomoestáticas de incompatibilidade normativa vertical, enquanto no segundo estas relações são nomodinâmicas (44).

Cabe, em resumo, dizer que a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional (45).

O estado de inconstitucionalidade de um ato normativo não implica necessariamente a sua nulidade. No direito comparado a inconstitucionalidade de um ato normativo pode reclamar a emergência de mais de uma solução sancionatória (46).

3.2. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade

A noção de inconstitucionalidade pode ser melhor compreendida a partir do estudo das variadas modalidades de manifestação.

3.2.1. Inconstitucionalidade formal e orgânica ou material

A distinção não é desprovida de sentido. De fato, desde a ótica dos efeitos da reforma constitucional sobre as normas anteriores é possível dizer que: (i) a alteração da regra constitucional dispondo sobre competência ou procedimento não implica a inconstitucionalidade formal superveniente (ou seria revogação ?) da norma anterior (não há, pois, em princípio, lugar para a inconstitucionalidade formal superveniente) (47); (ii) ao reverso, havendo alteração, em virtude de

reforma constitucional (decorrente de emenda ou revisão), no conteúdo da Constituição, todas as normas anteriores incompatíveis com o novo conteúdo, embora até o momento da reforma estivessem em perfeita harmonia com a Constituição, são automaticamente atingidas pela inconstitucionalidade material superveniente (tratada como questão constitucional ou de direito intertemporal conforme o país) (48).

3.2.1.1. Inconstitucionalidade formal e orgânica

A inconstitucionalidade orgânica, decorrente de vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo, consiste numa das hipóteses de inconstitucionalide formal. Com efeito, diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando foi elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou seguindo procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita). Pode, então, a inconstitucionalidade formal resultar de vício de elaboração ou de incompetência (49).

Nos Estados Unidos, lembra C.A. Lúcio Bittencourt, é famosa a controvérsia "sobre as prescrições 'diretórias' e 'mandatórias' da Constituição" (50). A jurisprudência americana, continua o autor, "é incerta a respeito, existindo vários casos em que os tribunais têm feito a referida discriminação. Tem-se entendido que os dispositivos relativos à estrutura dos projetos de lei ou às fórmulas que devem ser observadas na sua aprovação, geralmente são 'diretórias', enquanto as que fixam ou determinam o número de votos necessários a essa aprovação e os efeitos de um projeto aprovado são usualmente 'mandatórias' (51). A violação das primeiras,

portanto, não implica, a inconstitucionalidade da lei. A das segundas, sim. A jurisprudência americana foi severamente criticada por Cooley (52), que não aceitou a distinção.

No Brasil, tem-se como certo que todas as disposições, ainda que adjetivas, da Constituição são essenciais, imperativas e, então, mandatórias, como já teve oportunidade de asseverar Francisco Campos (53). Em vista disso, a inobservância de qualquer regra adjetiva, de procedimento ou de competência inscrita na Constituição, implicará a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo . Aliás, nesse sentido, há vários precedentes do Supremo Tribunal Federal (54).

Poderá ocorrer inconstitucionalidade formal igualmente no caso de não atendimento do que Canotilho chama de "pressupostos constitucionalmente considerados como elementos determinativos de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias" (55). Assim, no direito brasileiro, o Presidente da República somente poderá editar medidas provisórias quando presentes os pressupostos elencados no artigo 62 da Constituição Federal: relevância e urgência (56). Sem a satisfação dos referidos pressupostos não poderá o Presidente exercer a função legislativa autorizada pelo Constituinte. Quanto às Assembléias Legislativas estaduais somente podem dispor, por meio de lei, sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios uma vez consultadas, mediante plebiscito, as populações diretamente interessadas (art. 18, § 4º, da Constituição Federal). Assim, lei estadual dispondo sobre a criação de novo Município, ainda que regularmente votada e sancionada, mas sem satisfazer o pressuposto referido, maculada estará por inafastável vício

de inconstitucionalidade formal . O mesmo se verifica no caso do artigo 18, § 3º, da Lei Fundamental da República.

É desnecessário lembrar que em nosso país a inconstitucionalidade formal assume uma dimensão superlativa, na medida em que a Constituição Federal incorpora uma série de dispositivos de natureza regimental, disciplinando de modo quase minucioso o processo legislativo. A distribuição de competências , inclusive da legislativa, entre os entes integrantes da Federação, incluídos o Distrito Federal e os Municípios, torna a problemática ainda mais relevante (57).

3.2.1.2. A inconstitucionalidade material

A inconstitucionalidade material reporta-se ao conteúdo do ato normativo. Há que verificar se ele é compatível com o conteúdo da Constituição. Em não o sendo, o ato normativo será materialmente inconstitucional.

Todos os dispositivos residentes na Constituição servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos . A doutrina constitucional mais recente entende que não há dispositivo constitucional despido de normatividade. O preâmbulo , os princípios, os preceitos, inclusive os programáticos, são normas jurídicas, e assim devem ser compreendidos. Encontra-se absolutamente superado, desde Vezio Crisafulli (58), o entendimento segundo o qual as programáticas não são norma e, bem por isso, não podem servir de parâmetro de constitucionalidade. Encontra-se, igualmente, superada a tese segundo a qual o preâmbulo da Constituição nenhuma normatividade pode produzir (59). Quanto aos princípios, normas dotadas de densidade normativa pequena e alta

abstração conceitual, a doutrina mais recente procura demonstrar a sua força normativa (60). Aliás, é preciso salientar a riqueza do preâmbulo da Constituição brasileira de 1.988, indicador de importantes princípios, que, agregados a outros, tidos como fundamentais, inscritos no corpo constitucional, dão conta da idéia de direito e de justiça que preside o direito brasileiro (61).

A doutrina vem procurando definir a Constituição como um "sistema aberto de princípios e de preceitos" (62). Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições principiológicas.

Os princípios, mesmo os implícitos, e inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São, pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar, por isso que fixam *standards* de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata , exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do Legislador, pelo menos cumprem eficácia derrogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior, desde que incompatíveis com seus

postulados (63). Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções (64). Daí porque elas operam, no mínimo, uma eficácia negativa, paralisando "os efeitos de toda e qualquer norma jurídica contrária a seus princípios" (65).

Havendo contradição entre o conteúdo da norma e o conteúdo da Constituição, manifestar-se-á a inconstitucionalidade material. Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à "liberdade de conformação do legislador" (65.a), tenha sido editada "não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles" (66); ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário , desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável. Trata-se, no primeiro caso, da hipótese tratada pela doutrina como desvio ou excesso do poder legislativo (67); no segundo, manifesta-se ofensa ao princípio da razoabilidade dos atos do Poder Público, e aqui, do Poder Legislativo (67.a). Em muitos casos a teoria do excesso de poder e o princípio da razoabilidade cobrem um mesmo campo teórico, oferecendo, portanto, soluções semelhantes (senão idênticas) quando da aferição da legitimidade de determinados atos normativos do Poder Público.

3.2.2. Inconstitucionalidade total e inconstitucionalidade parcial

A inconstitucionalidade é total quando contamina todo o ato normativo. Ao contrário, será parcial se incidir apenas sobre parcela do ato normativo. Da distinção é possível deduzir a regra da parcelaridade dos atos normativos. Ou seja, os atos normativos, para efeito de fiscalização de constitucionalidade, podem sofrer parcelamento (68). Assim , não deverá ser declarada a inconstitucionalidade total de uma lei (no sentido material ou formal) caso apenas parte dela esteja maculada por vício ou vícios propiciadores de ilegitimidade constitucional. Neste caso, a decisão cassatória do órgão fiscalizador incidirá apenas sobre a parcela maculada do ato normativo.

Em geral, a inconstitucionalidade formal (formal propriamente dita e orgânica) implica a ilegitimidade integral (total) do ato normativo. Assim, se determinada lei (formal ou material) foi editada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica), ou sem atender pressuposto exigido pela Constituição para o exercício da competência (inconstitucionalidade formal), ou ainda inobservando norma disciplinadora do procedimento para sua elaboração (inconstitucionalidade formal), em princípio, ela (a lei) será totalmente inconstitucional.

Há situações, todavia, em que a inobservância de dispositivo constitucional regulando procedimento ou disciplinando competência dá lugar a uma inconstitucionalidade parcial. É o caso, por exemplo, de lei ordinária, regularmente votada e sancionada, disciplinando matéria própria de lei ordinária, salvo em relação a um dispositivo (artigo, parágrafo, etc.) que invade campo reservado à lei complementar ou mesmo ao

regimento interno dos tribunais. Ou de lei federal (complementar ou ordinária), de iniciativa do Presidente da República, regularmente votada e sancionada, perfeitamente ajustada aos comandos normativos de ordem formal inscritos na Constituição, salvo quanto a um ou alguns dispositivos que invadem campo reservado à atuação legiferante do Estado-Membro ou do Município ou que somente poderiam ser votados em face de provocação do Supremo Tribunal Federal (iniciativa reservada). Outras hipóteses poderiam ser estudadas. As anunciadas são, todavia, suficientes para a demonstração da afirmação.

Quanto à inconstitucionalidade material, incidirá sobre o ato normativo integralmente (inconstitucionalidade total) ou parcialmente (inconstitucionalidade parcial), sem preferência. Daí porque não é possível afirmar que ela será, em princípio, total ou parcial. Tudo depende do conteúdo da lei e de cada um de seus dispositivos.

Não é indispensável que a inconstitucionalidade parcial corresponda a uma parcela autônoma de um ato normativo ou mesmo de um preceito. Conquanto frequentemente encontrada num artigo, parágrafo ou alínea, nada impede que ocorra frente a um "segmento ou seção ideal" destes ou do ato em si.

Ainda, no que tange à inconstitucionalidade parcial, não é possível esquecer que haverá "casos em que a nulidade parcial implicará a nulidade total. A nulidade parcial implicará a nulidade total quando, em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério da dependência);

além disso, haverá uma nulidade total quando o preceito inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)" (70).

3.2.3. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

Não é apenas a ação do Estado que pode ofender a Constituição. É induvidoso que a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma modalidade específica de ilegitimidade definida, pelo direito contemporâneo, como inconstitucionalidade por omissão.

O direito constitucional, desde largo tempo, conhece mecanismos suficientes para afastar o resultado da ação do Poder Público desprovida de fundamento constitucional. Quanto às prestações positivas do Estado, consubstanciadas, por exemplo, num dever constitucional de legislar, não desafiavam o desencadear de nenhuma providência de natureza estritamente jurídica. O direito constitucional não conhecia terapia jurídica para esse tipo de patologia constitucional. O único remédio capaz de afastar as omissões inconstitucionais e o desatendimento dos deveres constitucionais de legislar decorria da resposta oferecida pelo processo político e eleitoral. Com efeito, se o livre trânsito das idéias, se a pressão do eleitorado ou da oposição, se a renovação dos mandatários eleitos não fossem suficientes para o desencadear do cumprimento da Constituição naquilo que ela prescrevia em termos de obrigação positiva, então nenhuma medida era capaz de dar conta do fenômeno da omissão inconstitucional.

E a verdade é, que embora desconhecendo a terapia para a solução da inércia do Legislador, as Constituições foram, no presente século, mais e mais, incorporando normas exigentes de integração normativa (que reclamam, pois, a atuação do Poder Público). Isto porque o nascimento do Estado definido como "de prestação de serviços" (71) implica a emergência de uma Constituição que aceita características próprias, distintas daquelas que foram incorporadas aos Estatutos Políticos promulgados ou outorgados nos séculos XVIII e XIX.

Assim, as normas definidas como programáticas passaram a ser vistas como meros avisos, lembretes desprovidos de qualidade jurídica, tipo de visão suficiente, muitas vezes, para acarretar a perda de prestígio da Constituição escrita (72). Esta ótica, evidentemente, hoje não mais prevalece. Aliás, o direito constitucional contemporâneo vem buscando oferecer uma série de remédios para afastar a inércia do Poder Público e especialmente o silêncio legislativo inconstitucional. É o caso da iniciativa legislativa popular, de outras técnicas derivadas do modelo de democracia participativa,do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, no Brasil.

A omissão inconstitucional pode decorrer de inércia de qualquer dos Poderes do Estado. Assim, por exemplo, um ato de governo, não praticado, embora exigido pela Constituição, implica em inércia inconstitucional (73). O mesmo se dá quanto à não regulamentação das normas constitucionais operantes de "eficácia limitada" (74). Os preceitos constitucionais desprovidos de normatividade suficiente e demandantes de complementação reclamam a atuação do Legislador que não pode permanecer omisso, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Ensina Canotilho que o:

> conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples <<não fazer>>, a um simples <<conceito de negação>>. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional (75).

A omissão censurável decorre da existência de uma lacuna inconstitucional. Não cabe aqui discutir a respeito da completude ou abertura do ordenamento jurídico (76). Nesta oportunidade a discussão seria desprovida de sentido. Aceitemos que na obra do Constituinte certamente podemos encontrar (i) lacunas não ofensivas do plano de ordenação constitucional, porém desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada, basicamente) e que (porque colmatáveis exclusivamente pelo Legislador), implicam um dever de legislar; (ii) lacunas não ofensivas do plano de ordenação constitucional e por isso que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de "silêncio eloquente"), (77) e (iii) lacunas ofensivas do plano de ordenação constitucional e por isso que, não desejadas, podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos convencionais de colmatação conhecidos pela doutrina (78) (no Brasil: art. 4º., da Lei de Introdução ao Código Civil). Pois bem, apenas o primeiro tipo de lacuna é capaz de dar lugar , caso não cumprido pelo Legislador o dever constitucional de legislar, à inconstitucionalidade por omissão.

O dever constitucional de legislar tanto pode não ser satisfeito, como pode sê-lo de modo integral ou de modo parcial. O cumprimento parcial e o não cumprimento do dever constitucional de legislar caracterizam, respectivamente, a inconstitucionalidade por omissão parcial e a total.

Exemplo típico de inconstitucionalidade por omissão parcial manifesta-se na chamada" exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade" (79). Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

> se a estrutura normativa ou outro óbice de ordem constitucional (como possibilidade de aumento de despesa sem expressa autorização legal ou afronta ao princípio da divisão de poderes etc.) não permite a declaração parcial de inconstitucionalidade, com o reconhecimento do direito de segmentos eventualmente discriminados, é evidente que a supressão do tratamento desigual haveria de se fazer mediante integral declaração de inconstitucionalidade do texto. Tal solução, além de traduzir possível injustiça com os beneficiários, pode levar a uma situação de ausência de norma, a um vácuo de direito (*Rechtsvakuum*) ou até ao chamado, com algum exagero, caos jurídico ("*Rechtschaos*") (80).

A solução portanto, para esses casos nem pode ser a extensão do benefício (exemplo: aumento salarial) para os excluídos, nem a decretação da nulidade do benefício para os que o alcançaram (salvo o caso de evidente intuito de privilegiar determinado grupo social em detrimento de outro), o que implicaria em prejuízo para os excluídos e para os beneficiados, destruindo-se o fundamento da pretensão daqueles. A solução para a questão reside, ao que parece, no regime da inconstitucionalidade por omissão parcial (e, então, não no regime da inconstitucionalidade por ação). Sobre o tema voltaremos

quando tratarmos da fiscalização da constitucionalidade no Brasil.

3.2.4. Outras modalidades de inconstitucionalidade

3.2.4.1. Inconstitucionalidade originária e superveniente

Diz-se que a inconstitucionalidade é originária quando, durante a vigência de uma norma constitucional, o órgão legislativo emana um ato que a viole. Superveniente é a inconstitucionalidade que se manifesta num momento posterior. Um ato sendo constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo seja em virtude de reforma constitucional, seja em virtude de renovada interpretação do dispositivo constitucional, seja, ainda, em virtude de mudança nas circunstâncias fáticas. É que a lei pode adquirir "um outro conteúdo mediante a evolução hermenêutica, a mudança do próprio texto ou da ambiência social; e essa nova conformação não mais se compatibiliza com a Constituição" (81).

A Constituição Portuguesa admite claramente o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente quando derivada de revisão constitucional (art. 282.2). Quanto às normas anteriores opostas à Constituição da República, estas, para o direito português, configuram hipóteses de revogação (incompatibilidade entre o direito anterior e a nova Constituição: art. 290). Nem por isso, entretanto, fica o Tribunal Constitucional impedido de, no processo de fiscalização concreta ou abstrata, decidir a respeito da constitucionalidade dessas normas (81.a). O último caso constitui para o direito português hipótese de revogação (incompatibilidade material entre o direito anterior e a

nova Constituição). Quanto ao primeiro, nele reside a figura da inconstitucionalidade superveniente. No Brasil, como veremos oportunamente, a alteração da norma constitucional, decorrente que seja de reforma constitucional (emenda ou revisão) ou de promulgação de nova Carta, no caso de incompatibilidade com o direito ordinário, implicará não a inconstitucionalidade superveniente da lei (material ou formal), mas sim a sua revogação.

Entretanto, mesmo no Brasil, a alteração das circunstâncias fáticas (a Constituição interage com a realidade) e a mudança na interpretação constitucional, hipóteses de mutação constitucional (82), podem dar lugar ao surgimento de inconstitucionalidade superveniente.

3.2.4.2. Inconstitucionalidade antecedente (ou imediata) e consequente (ou derivada)

A inconstitucionalidade antecedente ou imediata decorre da violação, direta e imediata, de uma norma constitucional por uma lei ou ato normativo. A inconstitucionalidade consequente ou derivada decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata. Assim, será inconstitucional (inconstitucionalidade derivada ou consequente) a norma dependente de outra declarada inconstitucional (inconstitucionalidade imediata ou antecedente) e pertencente ao mesmo diploma legislativo (relação de dependência). Padecerá, igualmente, de vício de constitucionalidade consequente ou derivado o ato normativo que encontra o seu fundamento de validade em outro ou mantém relação de dependência com um terceiro já declarado

inconstitucional. É o caso do regulamento em relação à lei; da lei em relação à medida provisória (no caso de conversão) e da lei delegada em relação à lei de autorização (resolução do Congresso Nacional), etc.

3.2.4.3. Inconstitucionalidade direta e indireta

Alerta Marcelo Neves que "o problema da inconstitucionalidade das leis resulta de uma relação imediata de incompatibilidade com a Constituição. A denominada inconstitucionalidade mediata, também chamada de indireta, é antes um problema de ilegalidade, ou de relação de incompatibilidade internormativa infralegal, inconfundíveis com a noção rigorosa de inconstitucionalidade" (83). Não há razão, então, para a distinção se assim considerada.

Um outro sentido, entretanto, pode ser dado, segundo o autor citado, para a distinção. Neste caso, constituirá inconstitucionalidade direta (ou expressa) aquela derivada de norma constitucional expressa, caracterizando-se como inconstitucionalidade indireta (ou implícita) aquela derivada de norma (preceito ou princípio) implícita (84).

Não se trata, no último caso, de eventual violação do "espírito" da Constituição pelo direito infraconstitucional, como sugere Buzaid (85). Ao contrário, a norma implícita eventualmente violada deve ser precisamente indicada, porque ela certamente deriva de um ou mais dispositivos constitucionais expressos.

4. Os modelos de fiscalização da constitucionalidade

O direito contemporâneo conhece diferentes modelos de fiscalização da constitucionalidade. Importa, neste momento, referir apenas os principais, inclusive o modelo inglês de ausência absoluta de fiscalização.

4.1. O modelo inglês da ausência de fiscalização da constitucionalidade

Como se sabe, o movimento constitucionalista, vitorioso na Europa continental com as revoluções burguesas, não se afirmou na Inglaterra. Aqui, o direito continuou a sustentar-se sobre bases costumeiras, embora incorporando algumas importantes leis escritas (86).

Na Inglaterra, portanto, não há lugar ainda hoje para a distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias. Sendo a Constituição inglesa costumeira, ela não deve nada à teorização decorrente das Constituições escritas e formalizadas. Trata-se de Constituição que pode ser compreendida unicamente sob o ponto de vista material. Ou seja, constitui o conjunto dos mais importantes costumes, práticas e documentos jurídicos do país. Tratando-se de Constituição unicamente material, é igualmente flexível sob o ponto de vista estritamente jurídico (87). Desde a "Gloriosa Revolução" , vigora o princípio da supremacia não da Constituição, mas sim do Parlamento (88). A "Constituição inglesa descansa sobre a soberania ilimitada do Parlamento" (89). Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que "a extensão dos poderes que lhe são confiados, de natureza tão transcendentes e tão absolutos, seja em relação às pessoas, seja em relação aos

negócios, não admite conceber-se nenhum marco, erigindo barreiras à vontade da maioria dos seus membros" (90).

Se a vontade do Parlamento, expressada pela maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita na Inglaterra, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade.

A Inglaterra, todavia, já teve oportunidade de praticar uma espécie de fiscalização da constitucionalidade.

Com efeito, até a "Gloriosa Revolução", a Inglaterra concebia a lei não como ato de vontade (criação), mas sim como ato meramente declarado pelo soberano. O povo inglês era governado pela *common law* que poderia ser completada, mas jamais ofendida pelo direito escrito ("*statutory law*"). Pois, "sobre a base desta tradição se fundou, exatamente, a doutrina de Edward Coke sobre a autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação" (91) e como guardião da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e mesmo do soberano. Aplicada na Inglaterra e nas colônias inglesas durante o século XVII, a doutrina de Sir Edward Coke acabou esquecida após a revolução de 1.688, que proclamou a doutrina, ainda hoje praticada, da supremacia do Parlamento. Na Inglaterra, hoje, para além das fronteiras da *common law* cabe aos juízes não mais do que aplicar a *statutory law* votada pelo Parlamento.

4.2. O modelo francês de fiscalização política da constitucionalidade

A França sempre experimentou uma concepção peculiar do princípio da separação dos poderes. Desde a revolução de 1.789 tratou-se, para os franceses, de praticar uma concepção radical da separação dos poderes. Daí porque não poderia o Judiciário interferir nos negócios do Executivo. Os abusos e ilegalidades do Executivo seriam coibidos por um órgão extrajudiciário: o Conselho de Estado, assim como os abusos e ilegalidades do Judiciário seriam censurados pela Corte de Cassação. Não desenvolveu, o modelo constitucional francês, uma concepção menos rígida da separação dos poderes como a praticada pelos americanos, que admitiam interferências recíprocas entre os Poderes do Estado para o fim de assegurar a mecânica dos *checks and balances*.

Não é de admirar, portanto, que mesmo adotando Constituições rígidas, o direito francês jamais tenha atribuído aos órgãos judiciários competência para o exercício da fiscalização da constitucionalidade. Tratar-se-ia, evidentemente, de nítida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação do Parlamento.

Sempre que na França, e isto desde Sieyès, pretendeu-se instituir um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade, assumiria referido mecanismo uma feição nitidamente política. Sieyès, já por ocasião da elaboração da Constituição do ano III, teve oportunidade de sugerir a instituição de um *jurie constitutionnaire*. Todavia, "*ce n'est que dans la Constitution du 22 frimaire an VIII que Sieyès put réaliser partiellement son système. C'est alors au Sénat qu'incombe la mission de <<conserver>> la constitution, sur dénonciation du Tribunal ou du gouvernement. L'échec de l'institution fut complet: se Sénat n'a annulé aucun des actes de Napoleon contre*

lesquels le grief d'inconstitutionnalité eût été cependant parfaitemente fondé" (92).

A Constituição de 14 de janeiro de 1.852 institui outra vez um *Sénat conservateur* , que evidentemente não funciona. A opção pela fiscalização política da legitimidade constitucional das leis manifestou-se outra vez na Constituição de 1.946, com a instituição do *Comité Constitutionnel* e na de 1.958, ainda em vigor, com a criação do *Conseil Constitutionnel*.

Como se vê, os franceses desconfiam da fiscalização da constitucionalidade exercitada pelo Judiciário. Para além da peculiar e rígida concepção do princípio da divisão dos poderes que advogam, outros dois fatores contribuíram para forjar a experiência constitucional francesa. Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a Revolução de 1.789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso que a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui a expressão da vontade geral, então não há razão para dela se desconfiar (93). Segundo, os abusos cometidos pelos juízes (*Parlements*), no período que precedeu a Revolução foi determinante, de certo modo, da desconfiança dos franceses em relação a eles. Aliás, a desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes foi determinante do modo como o Judiciário foi organizado na França. Um poder neutro, mudo, cuja única função é aplicar a lei, sem questioná-la, todavia, jamais (94). Bem por isso a França não poderia atribuir ao Judiciário competência para a fiscalização da constitucionalidade das leis.

Somente com a Constituição de 1.958 a França passou a experimentar um "*authentique contrôle de la*

constitutionnalité des lois" (95). Isto porque, embora o Conselho Constitucional seja dotado de caráter político, não exercendo, portanto, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade, função jurisdicional (96), ele foi organizado de modo a alcançar uma importância, hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitindo a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes no meio jurídico e político francês. Não se pode esquecer, contudo, que a fiscalização (em certos casos de provocação obrigatória, em outros de provocação facultativa) exercitada pelo Conselho Constitucional é meramente preventiva (97), razão pela qual, uma vez promulgado o ato legislativo, cumprirá às autoridades públicas não mais do que cumprí-lo. Após a promulgação da lei não há mais lugar, na França, portanto, para a manifestação de qualquer mecanismo de aferição da sua legitimidade constitucional.

4.3. O modelo americano da fiscalização constitucional pelo Judiciário

O modelo americano, que foi depois adotado por diversos países (Brasil, Argentina, Canadá, etc.), é o da fiscalização constitucional exercitada pelo Judiciário. Dispõe o Poder Judiciário de competência para declarar nulos e írritos todos os atos e leis contrários à Constituição norte-americana. A competência do Judiciário, nesse campo, é difusa, porque exercitada, no curso de uma demanda, por qualquer juiz ou tribunal. Conquanto qualquer órgão jurisdicional possa exercer a fiscalização constitucional, a verdade é que a Suprema Corte, órgão de cúpula do Judiciário americano, em virtude do princípio do *stare decisis*, ou seja, da eficácia vinculante de suas decisões, desempenha um papel decisivo no campo

constitucional, na medida em que pronuncia a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais.

Aliás, a história constitucional americana e a história da Suprema Corte, de certo modo, se confundem (98). A Constituição americana, a mesma desde 1787, continua viva e atual em virtude do notável trabalho de interpretação e construção constitucional desempenhado pela Suprema Corte (99).

Os Estados Unidos incorporaram a doutrina, desenvolvida por Sir Edward Coke (100), que atribuía aos juízes o poder de controlar a legitimidade das leis, negando, se fosse o caso, aplicação àquelas que ferissem a *common law*. Esse tipo de raciocínio foi transferido para o campo constitucional. Por isso que, ainda no período colonial, os juízes muitas vezes negaram aplicação ao direito local não compatível com as Cartas que a metrópole outorgou a cada uma das colônias (101). A doutrina da supremacia da *common law*, repudiada na Inglaterra depois de 1.688, mas incorporada à tradição jurídica americana e somada à prática judicial experimentada antes da independência, ofereceram o terreno apropriado para o desenvolvimento da *judicial review* (102).

A *judicial review* foi definitivamente incorporada ao direito constitucional americano com a decisão do *Chief Justice* Marshall no célebre caso William Marbury v.James Madison. Como acentua Poletti, "Marshall foi original na lógica imbatível de sua decisão, não porém quanto à substância da idéia. Ela já era correntia na jurisprudência ... A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade

das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte, invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação" (103).

Embora a Constituição americana não estabelecesse expressamente o controle da constitucionalidade, ela de algum modo já "o prenunciava" (104). Por isso que a competência dos juízes encontrava-se latente no Texto Constitucional. Bastava um trabalho jurisprudencial adequado para afirmá-la, o que o Judiciário americano soube, no momento apropriado, fazer.

Afirma-se que a competência encontrava-se latente na Constituição porque já Hamilton, nos artigos do *The Federalist* , "sustentava a competência judiciária para a interpretação das leis e que a Constituição deveria ser vista pelos Juízes como uma Lei Fundamental, com preferência sobre a lei ordinária" (105).

A tese de Marshall que acabou por se incorporar definitivamente à experiência constitucional americana é a seguinte:

> A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.
>
> Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável. Certamente, todos quantos fabricaram Constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, consequentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma Constituição escrita, deve ser

> que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível ...
>
> Se nula é a resolução da legislatura inconciliável com a Constituição, deverá, a despeito da sua nulidade, vincular os tribunais e obrigá-los a dar-lhe efeitos ? ...
>
> Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com a outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.
>
> Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.
>
> Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam (106).

O núcleo do modelo americano de fiscalização de constitucionalidade reside, pois, no fato de que qualquer juiz chamado a "decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda" (107). A funcionalidade do modelo, todavia, repousa no princípio do *stare decisis*, ou seja na força vinculante das decisões judiciais, típica dos países que adotam a *common Law*. Por força desse princípio, no momento em que a *Supreme Court* decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. Basta isso para que

a decisão, conquanto voltada para um caso concreto, acabe por adquirir uma eficácia quase *erga omnes*. Não é por outra razão que, uma vez desaplicada pela Corte Suprema por inconstitucional, "uma lei americana, embora permanecendo *on the books*, é tornada *a dead law*, uma lei morta" (108).

4.4. O modelo austríaco de fiscalização da constitucionalidade

O modelo austríaco de fiscalização da constitucionalidade nasceu a partir de postulados jurídicos diversos daqueles sustentados pela *judicial review* americana.

Tenha-se em conta que na Áustria , como em quase toda a Europa Continental, até o início do presente século, inexistia qualquer procedimento de fiscalização de constitucionalidade. O Parlamento, na Áustria, provavelmente por influência do direito público francês, assumia uma posição de relativa supremacia, por isso que, sendo a lei uma expressão da soberania, descabia a qualquer outro órgão estatal, mesmo o Judiciário, questionar a respeito de sua legitimidade.

Em 1.920, todavia, a Áustria adotou um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade, que, todavia, como veremos, não se confunde com o americano.

Hans Kelsen foi o mentor da concepção de fiscalização de constitucionalidade incorporada pela Constituição de 1.920 e aperfeiçoada em 1.929.

Segundo Hans Kelsen, do fato de uma lei contrariar a Constituição, não se deve deduzir que ela seja nula ou inexistente. Sustenta o jurista que:

> se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional,de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto na Constituição (109).

Para Kelsen, pois, a inconstitucionalidade consiste em mero pressuposto da sanção da anulação. A lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até a sua anulação. Daí porque a decisão que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva, produzindo eficácia *ex nunc*. Para o Autor, então, "não é correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como "declaração de nulidade"..." (110).

Cabe à Constituição definir o processo através do qual a lei inconstitucional será anulada, bem como o órgão competente para tanto. Kelsen entende que a fiscalização da constitucionalidade não constitui função própria do Judiciário, constituindo antes uma espécie de função constitucional autônoma, de certo modo comparável à função legislativa negativa (111). Seria necessário criar um órgão, um Tribunal Constitucional autônomo, para exercitar essa relevante função.

A Constituição Austríaca de 1.920, com efeito, institui uma Corte Constitucional competente para,

de modo concentrado e unicamente por via de ação direta, exercitar a fiscalização da constitucionalidade. Referida Constituição previa:

> *la vérification de la constitutionnalité des lois des provinces à la requête du governement fédéral, des lois fédérales à la requête d'un des gouvernementes provinciaux, et lorsque'une loi sert de base à un de ses propres arrêts, d'office. La reconnaisance du caractère non constitutionnel d'unne loi entraîne la publication de l'annulation* (112).

Estando a fiscalização concentrada em mãos da Corte Constitucional, os tribunais ordinários, com efeito, não dispunham de competência para examinar a constitucionalidade das leis.

Com a reforma constitucional de 1.929, a par do controle abstrato das leis (via de ação direta) passou o modelo austríaco a admitir, igualmente, o controle concreto, provocado no curso de uma demanda judicial. Neste caso, reconhece-se efeito retroativo à decisão anulatória pronunciada pela Corte Constitucional. Todavia, este controle concreto (por via de exceção) apenas pode (ainda hoje) ser suscitado pelos órgãos jurisdicionais de segunda instância. Aos demais órgãos da magistratura ordinária não cabe mais do que aplicar a lei, ainda quando sobre ela pairem dúvidas quanto à sua compatibilidade com a Constituição.

O modelo austríaco de jurisdição constitucional concentrado foi assimilado por outros países, especialmente os europeus. É o caso da Alemanha, da Itália, da Espanha, da Turquia, de Chipre, da Grécia e mais

recentemente da Bélgica (113). Portugal apenas em parte se insere nesta linha (114). Esses Estados, todavia, embora adotando o modelo da fiscalização constitucional concentrada, nem por isso deixaram de incluir um grande número de alterações no modelo básico. Por isso que os sistemas praticados por esses países, sobre guardarem uma certa identidade entre si, devem ser compreendidos também à luz de suas respectivas especificidades.

4.5. Outros modelos de fiscalização da constitucionalidade

Tomando-se como critério a **atuação do Judiciário (juízes e tribunais) e a classificação proposta por Jorge Miranda** (115), os sistemas de fiscalização da constitucionalidade até aqui tratados podem ser resumidos da seguinte forma:

Diante das questões de constitucionalidade os juízes e tribunais são:

(i) **incompetentes para conhecer e, portanto, para decidir.** É o caso dos modelos inglês e francês.

(ii) **competentes para conhecer e para decidir com possibilidade de recurso para a instância superior, inclusive, atendidos os pressupostos específicos, para a Suprema Corte.** É o modelo norte-americano, praticado também por outros países como a Argentina, o Canadá, Portugal com a Constituição de 1.911 (por força da influência do direito brasileiro) e o Brasil desde a Constituição de 1.891 até a Emenda Constitucional nº 16/65.

(iii) **competentes para conhecer, mas não para decidir "salvo sobre a viabilidade da questão"** (116), por isso

"caber a um tribunal situado fora da ordem judicial, o Tribunal Constitucional" (117) o monopólio da jurisdição constitucional. É "o regime resultante da atenuação ou modificação do modelo austríaco feita em 1.929" (118).

Ao lado desses modelos básicos cumpre reconhecer ainda a existência de sistemas de fiscalização da constitucionalidade que não se encaixam com perfeição em nenhum deles. Apenas dois serão, nesta oportunidade, lembrados: - o sistema português e o brasileiro (após as alterações introduzidas, especialmente, pela Emenda Constitucional nº 16/65).

No caso do modelo português, os juízes e tribunais dispõem de "competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal situado fora da ordem judicial - é o sistema introduzido em Portugal em 1.976 com a Comissão Constitucional e confirmado, com correcções, em 1982 com o Tribunal Constitucional" (119).

No caso do modelo brasileiro, os juízes e tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível para um que, embora situado dentro da ordem judicial, é o órgão máximo para questões constitucionais. Esse modelo não se confunde com o norte-americano porque ao lado da fiscalização concreta (que é difusa) admite igualmente a fiscalização abstrata da constitucionalidade que é, no caso das leis estaduais e federais em face da Constituição Federal, concentrada no Supremo Tribunal Federal. Como o português, mas não se identificando com este por óbvias razões, o modelo brasileiro incorpora elementos do modelo americano e os soma a outros próprios do modelo austríaco.

5. A fiscalização da constitucionalidade e suas formas de manifestação

Uma completa compreensão da problemática da fiscalização da constitucionalidade exige o domínio de uma série de categorias que são a todo momento utilizadas. O que até aqui foi exposto é suficiente para sugerir a existência de uma variedade de formas de manifestação da fiscalização da legitimidade dos atos normativos. Essas formas devem ser claramente identificadas.

A fiscalização da constitucionalidade pode ser definida pelo **parâmetro** utilizado. Neste caso, a fiscalização levará em conta para a verificação da compatibilidade do direito infraconstitucional **(i) toda a Constituição formal, incluindo aí os princípios e normas implícitos; (ii) apenas alguns dispositivos da Constituição formal ou (iii) o bloco formado pela Constituição formal mais os princípios superiores definidos como direito supralegal (positivados ou não na Constituição).** Em geral, os vários sistemas de fiscalização tomam apenas a Constituição formal (normas expressas e implícitas das primeiras derivadas). É o caso do Brasil e dos Estados Unidos, por exemplo. Há Estados, todavia, que adotam uma fiscalização limitada da constitucionalidade, daí porque apenas o direito infra-constitucional colidente com algumas normas constitucionais expressamente definidas podem ser objeto de controle. É o caso da Bélgica, onde a *Cour d'Arbitrage* se auto-intitulou de *Cour Constitutionnelle à compétance restreinte* (120), isto porque a fiscalização da constitucionalidade exercitada, de modo concentrado, por essa Corte, restringe-se à verificação da compatibilidade das leis com apenas três artigos da Constituição (121).

Outros países, e este é o caso da Alemanha, tomam como parâmetro da constitucionalidade não apenas as normas inscritas na sua Lei Fundamental, mas igualmente aquelas derivadas de um "direito supralegal" reconhecido pela Corte Constitucional. Por conseguinte, na Alemanha admite-se inclusive o fenômeno da "inconstitucionalidade de normas constitucionais" quando estas venham a ferir apontado direito supra-legal (122).

A fiscalização da inconstitucionalidade define-se, igualmente, por seu **objeto.** Boa parte dos países adotam unicamente um sistema de (i) controle da constitucionalidade decorrente da **ação** do Poder Público. Trata-se da fiscalização da constitucionalidade dos **atos normativos.** Outros países, e este é o caso do Brasil, de Portugal e mesmo da Alemanha, conhecem ainda (ii) a fiscalização da **omissão** dos Poderes Públicos, desde que contrária a um dever (obrigação positiva) de ação normativamente plasmado na Constituição.

A fiscalização da constitucionalidade pode ser definida, ainda, pelo **momento** da sua realização. Assim, o direito comparado aponta para uma (i) **fiscalização preventiva (ou** *a priori***),** ocorrente em momento anterior ao início da vigência do ato normativo, por oposição a (ii) uma **fiscalização sucessiva, repressiva (ou** *a posteriori***)** da constitucionalidade. Alguns Estados admitem, unicamente, a fiscalização preventiva. É , salvo o controle exercitado pelo Conselho de Estado (123), o caso da França. Outros países - Portugal, Áustria, Itália e Espanha - admitem tanto o controle preventivo como o sucessivo.

Em Portugal, o controle preventivo cabe:

> com qualquer fundamento, de todos os diplomas com valor legislativo ou equiparado (convenções internacionais, leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais; já na Áustria, Itália e Espanha tem um âmbito muito mais limitado, pois é admitido apenas quanto a questões de repartição de competência entre a Federação e os Estados federados (Áustria), quanto a leis regionais reaprovadas pela respectiva assembléia depois da oposição do Governo (Itália) ou quanto a tratados internacionais (Espanha, onde, a partir de 1.985, desapareceu a possibilidade de controle preventivo dos Estatutos das "Comunidades Autônomas" e das leis orgânicas. Por outro lado, na R.F. da Alemanha, o Tribunal Constitucional veio a admitir, mesmo sem texto expresso, o controle preventivo de leis e de aprovação dos tratados internacionais. Ainda no âmbito do controle preventivo cabe incluir os procedimentos específicos de verificação da constitucionalidade (...) o caso da Bélgica, onde também o Conselho de Estado é chamado a emitir parecer prévio sobre o texto dos projetos e propostas de lei e de decreto, sem que nada exclua que o respectivo exame abranja a questão da constitucionalidade (124).

Um certo controle preventivo da constitucionalidade é praticado no Brasil pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, bem como pelos Chefes do Poder Executivo das três esferas da Federação, os últimos na medida em que podem vetar projetos de lei também por motivo de inconstitucionalidade (art.66, § 1º. da CF). É possível, por outro lado, no Brasil advogar a possibilidade, por via de ação direta, da fiscalização preventiva da constitucionalidade das emendas à constituição (125).

Quanto à **natureza do órgão exercente,** a fiscalização da constitucionalidade pode ser (i) **política** ou (ii) **jurisdicional.** No segundo caso, tanto pode ser atuada por órgãos integrantes da estrutura do Judiciário ou a ele exteriores. Política é a fiscalização admitida pelo

direito francês (Conselho Constitucional). O Brasil admite um certo tipo de fiscalização política exercida nas mesmas hipóteses da fiscalização preventiva (veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo com fundamento em inconstitucionalidade e a manifestação, nos projetos de lei, das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas) . Parece ocorrer, igualmente, fiscalização política da constitucionalidade nos casos de sustação de atos normativos do Poder Executivo, especialmente, quando exorbitantes dos limites da delegação legislativa ("veto legislativo", art. 49, V, da Constituição) (126). A fiscalização jurisdicional tanto pode ser atuada por órgão jurisdicional exterior à estrutura do Judiciário (as Cortes Constitucionais, salvo a da Alemanha) como pode ser atuada por órgãos integrantes do Poder Judiciário (Brasil e Estados Unidos, por exemplo).

Em face do **número de órgãos dotados de competência** para realizá-la, a fiscalização da constitucionalidade pode ser (i) **difusa** ou (ii) **concentrada.** Diz-se concentrada aquela monopolizada por um único ou por poucos órgãos competentes. É o caso das Cortes Constitucionais da Europa Continental, salvo a portuguesa. Difusa, ao contrário, será aquela operada por uma pluralidade de órgãos. É a situação da fiscalização da constitucionalidade nos Estados Unidos, por exemplo. Alguns autores chamam de (iii) **mista** a fiscalização da constitucionalidade quando operada de modo concentrado ou difuso ao mesmo tempo (Brasil e de Portugal). No primeiro caso, como se sabe, a fiscalização por via de ação é concentrada em mãos do Supremo Tribunal Federal (atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça (atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual);

todavia, a fiscalização por via de exceção é difusa, já que todos os órgãos do Judiciário (juízes e tribunais) são, no Brasil, competentes para exercê-la.

Quanto ao **modo como se manifesta,** a fiscalização da constitucionalidade pode ser definida como (i) **por via incidental** ou (ii) **por via principal.** No primeiro caso a inconstitucionalidade do ato normativo só pode ser suscitada, incidentalmente, no curso de um caso concreto submetido à apreciação do Judiciário, e desde que a questão da constitucionalidade seja relevante para a sua solução. Aqui, a questão constitucional constitui prejudicial, ou seja, "questão de direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo" (127). Na fiscalização por via principal as "questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, a título principal, mediante processo constitucional autônomo. Neste caso, é consentido a certos cidadãos ou a certas e determinadas entidades a impugnação de uma lei inconstitucional, independentemente da existência de qualquer controvérsia" (128).

O órgão jurisdicional competente para a fiscalização da constitucionalidade pode ser provocado seja (i) por **via de exceção ou de defesa**, seja ainda por ii) **via de ação.** A fiscalização incidental é desencadeada, em princípio, pela exceção, ou seja através de um mecanismo indireto de fundamentação que pode ser utilizado pelas partes (autor ou réu) para o fim de justificar a pretensão (autor) ou a resistência/defesa (réu). A questão de inconstitucionalidade, no caso concreto, pode ser suscitada não apenas pelas partes como por todos aqueles que, na posição de terceiros interessados integram a relação processual. Igualmente o Ministério Público pode suscitar referida questão. Quanto ao juiz, pelo menos nos países que

adotam a *judicial review*, visto que têm a obrigação de velar pela constitucionalidade das leis, pode indubitavelmente, embora de ofício, desaplicar a lei inconstitucional ao caso *sub judice*. A fiscalização por via principal é suscitada, como referido, por meio de uma ação autônoma , que "tanto pode reconduzir-se a um controlo abstrato de lei ou actos normativos (cfr. art. 281 da CRP) como a uma garantia concreta de direitos fundamentais. Este último caso é que se observa na *Verfassungsbeschwerde* alemã (acção constitucional de defesa) e no recurso de amparo mexicano e espanhol" (129). No Brasil, salvo o caso da ação interventiva, a fiscalização por via de ação (ação direta de inconstitucionalidade) é sempre abstrata.

Não há uma correspondência necessária entre a via incidental (de exceção ou de defesa) e a fiscalização difusa, ou entre a via de ação (principal) e a fiscalização concentrada. A correlação é verdadeira no Brasil, onde a fiscalização difusa é, com efeito, suscitada incidentalmente (por via de exceção ou de defesa) e a concentrada é provocada por via de ação (principal). Mas essa correspondência não é verdadeira em outros sistemas. É o caso da Áustria, da Alemanha, da Itália e da Espanha, onde a questão de constitucionalidade suscitada por via incidental (de defesa ou exceção) conduz a uma fiscalização concentrada. Com efeito, nesses países, uma vez suscitada a questão de constitucionalidade cabe ao juiz ou tribunal *a quo*, em geral (130), não mais do que suspender o feito para aguardar a decisão da Corte Constitucional sobre a referida questão .

Tomando-se a **finalidade** e a **causa** como critérios classificatórios, a fiscalização da constitucionalidade pode ser designada como (i) **subjetiva** ou (ii) **objetiva** . A primeira tem por causa e por

finalidade principal a defesa do interesse juridicamente protegido de alguém (de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo), e não propriamente a da Constituição objetivamente considerada. Por objetiva é designada a fiscalização quando, "à margem de tal ou qual interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que avulta é a constante conformidade ou procura de conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as regras constitucionais" (131). No direito brasileiro a fiscalização incidental (por via de exceção ou de defesa) será sempre subjetiva, enquanto a fiscalização por via principal (por via de ação direta) é, em princípio, objetiva.

Nesse sentido se pronuncia entre outros Celso Ribeiro Bastos, para quem:

> a via de defesa é instrumento de garantia dos direitos subjetivos. A preocupação primeira é restabelecer a ordem jurídica ofendida, liberando alguém da sua carga ilegal, consistente na iminência de ver-se obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional. A via de ação já, pelo contrário, encontra-se primordialmente voltada para o bom funcionamento da mecânica constitucional. Para a boa marcha desta não é suficiente o primeiro caminho ... Faz-se mister expungir de vez a lei ou ato viciados do sistema normativo. E, embora já assegurados, pela primeira via, os direitos subjetivos, não há dúvida de que os problemas suscitados pela permanência na ordem jurídica de lei inconstitucional somente encontrarão solução pelo segundo caminho, isto é, pela via de ação, o que nos permite afirmar ser sua preocupação maior o funcionamento em si do sistema (132).

Afirme-se, para concluir, que a **fiscalização objetiva** pode ser chamada também de (i) **abstrata**, por oposição à **subjetiva** ou (ii) **concreta**.

NOTAS

(1) - A economia, a sociologia, a ciência política, a ciência da linguagem, a história e a filosofia podem, a partir de seus específicos conceitos e métodos, estudar a Constituição. Conquanto os aportes oferecidos por esses saberes sejam indispensáveis para conhecimento integral da Constituição, no presente texto a Constituição será sempre compreendida desde uma perspectiva jurídica.

(2) - Lembra Eduardo García de Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991, p. 56) que mesmo no século XIX "*la parte dogmática de la Constitución, o no existía ..., o de existir se expresaba apenas em principios muy generales, cuya positivización técnica requería el intermedio de Leyes ordinarias, sin las cuales carecían de toda operatividad*".

(3) - García de Enterría, Eduardo. op. cit. p. 56.

(4) - O Autor deste estudo, em duas obras (**Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1.993, pp. 183-208 e **O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Acadêmica, 1.988) procura justificar a compreensão do direito enquanto "espaço de luta".

(5) - Canotilho, José Joaquim Gomes, em **Constituição dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1.982, oferece um panorama geral a respeito das diversas teorizações a respeito da Constituição. Do mesmo modo: Inocêncio Mártires Coelho (**Constituição: conceito, objeto e elementos**. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça. 1992, nº 175:31-45).

(6) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e ...** op. cit. p. 87.

(7) - Idem. p.90.

(8) - Ib.id. p. 100.

(9) - Ib.id. p. 104.

(10) -O constitucionalismo liberal, com efeito, sempre compreendeu a Constituição como instrumento de limitação do Poder Político.

(11) - Burdeau, Georges. *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*. 20ª.Édition. Paris: LGDJ, 1984, pp.69-71.

(12) - Atente-se para a concepção de norma que o autor deste trabalho aceita. Trata-se de uma concepção que nada deve (ao contrário) ao positivismo. O Autor entende que é desnecessário apelar para o jusnaturalismo ou para critérios subjetivos de justiça a fim de que o operador jurídico alcance soluções adequadas para determinado problema. O acesso à Constituição, compreendida como *hard law* e norma, pode substituir, com vantagens, essas tentativas nem sempre bem sucedidas. Por norma constitucional, todavia, na trilha do pensamento de Muller, segundo a formulação de Canotilho (**Direito constitucional**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 209) "entender-se-á não o enunciado (formulação, disposição, texto) normativo senão um modelo de ordenação juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos (programa normativo); (2) por uma constelação de dados reais (sector ou domínio normativo). Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adscrição de um significado a um enunciado textual); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo". Paulo Bonavides (**Curso de direito constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1.993, p. 420) cita Friedrich Muller para sustentar que "não cabe confundir a norma com o texto da norma porque a prescrição jurídica positiva é tão somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normalidade, feita dos fatos e relações de natureza política e social". Por isso que o texto da norma não contém, segundo Bonavides, "a normatividade em sua estrutura material concreta. Cinge-se tão-somente, dentro de sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do direito". Então, anota Bonavides, "não é possível isolar a norma da 'realidade', antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *Normbereich*) afetada pela disposição da norma (o "programa da norma" ou *Normprogramm*), o elemento material constitutivo da própria norma". Essa concepção normativa permite ampla margem de atuação para o operador jurídico, que ultrapassando os métodos clássicos de interpretação

desenvolverá uma metódica concretista (não há interpretação sem problemas concretos a resolver) que deve transitar entre a norma ("programa normativo" mais domínio normativo") e o problema concreto a resolver. Neste caso, a norma de decisão, aquela que resolverá o problema concreto, constitui resultado da atividade (concretização) do jurista e não algo pronto desafiante de mera aplicação (execução) como querem os vários positivismos.

(13) - Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 4ª. Edição. Coimbra: Armênio Amado-Editor, 1.979.

(14) - Em última análise, o tipo de cultura jurídica desenvolvida, especialmente no mundo ocidental, acabou por forjar a compreensão da supremacia da Constituição. Trata-se, então, de uma invenção.

(15) - Miranda, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1.988, p. 284.

(16) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e ....** op. cit., p. 133. No mesmo sentido pronuncia-se, entre outros, Paulo Bonavides (**Curso de direito constitucional**. op.cit., pp. 147-170).

(17) - Clève, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. op.cit., p. 46.

(18) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. op. cit. , p. 171. O "registro de aprendizagem" ou a "capacidade de aprendizagem" segundo Canotilho significam a disponibilidade "das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>".

(19) - Sobre a "mutação constitucional" conferir, entre outros, Karl Loewenstein (*Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986), Pablo Lucas Verdú (*Curso de derecho político*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1984, pp. 137-156), Anna Cândida da Cunha Ferraz (**Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1.986) e Raul Machado Horta (**Permanência e mudança na Constituição**. RT-CDCCP 01:209-226).

(20) - Hesse, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.991, p.15.

(21) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e ....** op. cit., p.115.

(22) - García de Enterría, Eduardo. op.cit., p. 53.

(23) - Moreira, Vital e Canotilho, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1.991, p. 43).

(24) - Idem.

(25) - Sobre a norma programática, entre outros, consultar Rosah Russomano, **Das normas constitucionais programáticas**. *in*: **As tendências atuais do direito público**. Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp.267-286; e José Joaquim Gomes Canotilho. **Constituição dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

(26) - Bastos, Celso Ribeiro . **Curso de direito constitucional**. 6ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.983, p.51.

(27) - Clève, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1.988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993.

(28) - Teixeira, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.90.

(29) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas**. 2ª Ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1.980. Tb. Paulino Jacques . **Curso de direito constitucional**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.974, pp. 33-41.

(30) - Afonso Arinos de Melo Franco (**Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1.968, p.51) ensina que: "Esta noção da rigidez ou flexibilidade das Constituições teve, ..., a sua formulação clássica, ...,no livro de Lord Bryce sobre os Estados Unidos, obra que, na segunda metade do século XIX, adquiriu a voga e a autoridade que a de Tocqueville, sobre o mesmo assunto, tinha conhecido na primeira fase da centúria. Bryce foi quem cunhou as expressões, hoje correntes, de Constituição rígida e flexível, e volta várias vezes à sua tese". O livro em que James Bryce cunhou a sua tipologia foi o

seguinte: - *The American commonwealth*, New York: Macmillan, 1.897.

(31) - Para além das rígidas e flexíveis, a doutrina brasileira identifica um terceiro tipo de Constituição. Trata-se da definida como semi-rígida. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Curso de direito constitucional.** 17ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1.989,p. 12) ensina que "quanto à estabilidade, contudo , um terceiro tipo foi identificado, a que pertence a Constituição brasileira de 1824, chamado de semi-rígido. A Constituição semi-rígida é a Constituição escrita cujas regras, em parte, podem ser modificadas pelo processo ordinário (em parte são flexíveis), e em parte que ela própria determina, só podem ser alteradas por processo especial (em parte são rígidas)".

(32) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de direito ....** op. cit. p. 54.

(33) - Não é esta, todavia, a posição de Jorge Miranda (**Manual de ...** op. cit., p. 286) para quem a Constituição flexível "é hierarquicamente superior à lei, porquanto constitui a ordem jurídica e contém a base da autoridade do Estado. Mas a opinião talvez prevalecente pronuncia-se em moldes diversos; e, no entanto, tem de reconhecer casos tanto de inconstitucionalidade orgânica e formal quanto de inconstitucionalidade material. Basta pensar numa lei não aprovada pelo Parlamento, ou que subverta os princípios do regime e da forma de governo ou, eventualmente, que abra um desvio a uma regra geral, sem que haja intenção ou causa de modificação constitucional".

(34) - O conceito de Constituição normativa pode ser encontrado na obra de Karl Loewenstein (*Teoría de la constitución*. op. cit., p.217).

(35) - Alexis de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1.981. p. 170) faz uma comparação entre o modo constitucional de pensar dos americanos e dos franceses no século XIX. Ora, o pensamento político e constitucional francês, de certo modo, era o pensamento político e constitucional europeu.

(36) - García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1.991, p. 53. Sobre a supremacia constitucional nos Estados Unidos ver, entre outros, Edward S. Corwin (**A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1.986, p. 172).

(37) - Celso Ribeiro Bastos (**Curso de ...**, 8ª Ed. op. cit., p. 55) sustenta que há um órgão dentro do sistema constitucional "que, se incumbido de exercer a guarda da Constituição, não satisfaria o requisito para a existência de mecanismo eficazmente protetor da Lei Maior. Este órgão é o próprio Legislativo. A acumulação em um mesmo organismo das funções de , por um lado, fazer leis em cumprimento ao disposto na Carta Magna, e, de outro, dizer em última instância se a lei elaborada está, ou não, afinada ao Código Supremo, nulifica, despe de eficácia o mecanismo controlador. É evidente que o Poder Legislativo apenas aprovará as leis que reputa constitucionais".

(38) - Konrad Hesse (op.cit., p.19) lembra que "pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)". Pablo Lucas Verdú fala em "sentimento constitucional (*El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus S.A., 1985).

(39) - Miranda, Jorge. "Manual de ...". op. cit., p. 317.

(40) - Idem, p. 318.

(41) - Ib.id., p. 319.

(42) - Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.992, p. 24. Conclui Marcelo Rebelo de Sousa (**O valor jurídico do acto inconstitucional**. Lisboa: s.e., 1988, pp.11-19) que a "inconstitucionalidade representa sempre uma desconformidade entre certa conduta pública ou privada e a Constituição vigente (abarcando os respectivos princípios e disposições), o que significa que se reporta inevitavelmente a um ordenamento jurídico concreto, em princípio estadual. A desconformidade em si própria, provenha ela de acção ou de omissão, deve ser qualificada de inconstitucionalidade. O elemento específico da conduta inconstitucional, no caso de ela se traduzir em acção, que contende com a Constituição permite, por seu turno, distinguir diferentes tipos de inconstitucionalidade, sendo que tradicionalmente se fazia a tripartição entre inconstitucionalidade orgânica, formal e material. Hoje, nos mais variados ordenamentos jurídicos, tende a esbater-se a importância da distinção e sobrevêm outras tão ou mais relevantes, atinentes à aplicação de diferentes critérios, como sejam o da modalidade da conduta inconstitucional, o

da relação entre o momento da sua prática e o da entrada em vigor do princípio ou da disposição considerados e o da extensão da inconstitucionalidade. Uma consequência primária da inconstitucionalidade é, em regra, a desvalorização da conduta inconstitucional, sem a qual a garantia da Constituição não existiria. Para que o princípio da constitutucionalidade, expressão suprema e qualitativamente mais exigente do princípio da legalidade em sentido amplo, vigore, é essencial que, em regra, uma conduta contrária à Constituição não possa produzir cabalmente os exactos efeitos jurídicos que, em termos normais, lhe corresponderiam. De certo modo, a garantia da Constituição começa por ser uma garantia estritamente jurídica, traduzida numa depreciação da capacidade de conformação jurídica por parte de condutas inconstitucionais. E, só por excepção, a inconstitucionalidade é considerada pela Constituição compatível com a plena validade de tais condutas".

Sobre a noção de inconstitucionalidade consultar, também, José Augusto Delgado, **Lei inconstitucional (sua caracterização)**. RDP, 98: 128-133.

(43) - Neves, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1.988, p. 74.

(44) - Idem.

(45) - Teixeira, José Horácio Meirelles. op.cit., p. 378.

(46) - Dicey (*Lectures introductory to study of the law of the Constitution*. London, 1.888, pp. 165-6, *apud* Rui Barbosa. **Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo**. *in*: **Trabalhos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1.962, p. 46), segundo o ensinamento de Rui Barbosa, percebeu que "a expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição a que aludir: I - Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo. II - Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.

III - Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do Congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, *ultra vires*, isto é, nulo".

(47) - Há que se tomar cuidado, todavia, com a mudança de competência legislativa no plano da Federação. Sobre o assunto ensina Pontes de Miranda (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1.975, v.6, pp. 66-67) que "sempre que a Constituição dá à União a competência sobre certa matéria e havia legislação anterior, federal e local, em contradição, a Constituição ab-rogou ou derrogou a legislação federal ou local, em choque com a regra jurídica de competência. Não se precisa, para se decidir em tal sentido, que se componha a maioria absoluta do art. 116. Se a legislação, que existia, era só estadual, ou municipal, e a Constituição tornou de competência legislativa federal a matéria, a superveniência da Constituição faz contrário à Constituição qualquer ato de aplicação dessa legislação, no que ela com a nova regra jurídica de competência, seria sem sentido. A maioria do art. 116 não é necessária. Aliter, se só há a ab-rogação ou a derrogação, se inconstitucional a continuação da incidência; e. g., se antes de ser estadual, ou municipal, fora federal (discute-se se há repristinação ou inconstitucionalidade). Se havia legislação federal e estadual e a competência passou a ser, tão-só, do Estado-membro, ou do Município, a legislação federal persiste, estadualizada, ou municipalizada, respectivamente, até que o Estado-membro ou o Município a ab-rogue, ou derrogue".

(48) - Moreira, Vital e Canotilho, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. op. cit. , p. 268.

(49) - Teixeira, José Horácio Meirelles. op. cit., p. 383.

(50) - Bittencourt, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.968, p.56.

(51) - Idem, op. cit., p. 56.

(52) - Cooley, Thomas M. *A treatise on the Constitutional Limitations*. 6ª. Ed. Boston: Brown and Company, 1890, p.204. No mesmo sentido se pronunciou o *Chief Justice*" Nicholson no caso *Cannon v. Mathes* (8 Heisk. 504) : "Sendo as prescrições constitucionais, por sua própria natureza e

por seu objeto, limitativas dos poderes dos vários departamentos do governo, é difícil compreender como suas prescrições possam ser consideradas meramente diretórias".

(53) - Campos, Francisco. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1.956.

(54) - Leve-se em conta, por exemplo, hipótese de usurpação de iniciativa reservada ou exclusiva, que , afinal, caracteriza vício de inconstitucionalide formal. Num primeiro momento o Supremo Tribunal Federal entendeu que o vício era sanável pela sanção do projeto aposta pelo Chefe do Executivo (Súmula nº 5 do STF). A sanção sanava o vício de iniciativa. Bastava isso para transformar em diretória a norma constitucional que reservava à iniciativa do Executivo a lei disciplinadora de determinada matéria. Essa orientação, hoje, todavia, não mais prevalece (RTJ, 69:625).

(55) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** op. cit., p. 1028.

(56) - Clève, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1.988.** op.cit., pp. 161-164 e pp. 181-185.

(57) - Nos Estados Unidos, por exemplo, nem o Distrito Federal, nem os Municípios integram a Federação.

(58) - Crisafulli, Vezio. *Stato Popolo Governo - ilusioni e delusioni costituzionali.* Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1.985. Também: *La costituzione e le sue disposizioni di principio.* Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1.952.

(59) - Brito, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 38. Sobre o assunto consultar, entre outros, Jorge Miranda. **Manual de direito constitucional**, T.II. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 209 e ss. Estamos, evidentemente, a considerar os princípios inseridos no Preâmbulo. É preciso lembrar, todavia, que em virtude do alto grau de abstração que as fórmulas principiológicas inseridas no Preâmbulo assumem, é muito difícil tomá-las como parâmetros isolados para aferição da constitucionalidade de uma lei. Normalmente o Preâmbulo presta-se para dar sentido às normas (normas-preceito e normas-princípio) inseridas no corpo da Constituição que, estas sim, são tomadas como parâmetro da constitucionalidade das leis.

(60) Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5ª. Edição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 171 e ss.

(61) - Clève, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 44. É preciso dizer que a idéia de direito e de justiça que preside o direito brasileiro decorre do quadro de valores plasmado na Constituição. Tivemos ocasião de dizer em outro lugar (**Atividade legislativa ...** op. cit. p. 70) que o quadro de valores que deverá ser atuado pela lei pode ser localizado pela leitura do Preâmbulo, dos Princípios Fundamentais (entre os quais o que estabelece que a República tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político), inclusive dos objetivos fundamentais (art. 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a probreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), do Título II, dedicado aos direitos e garantias fundamentais, e de outros princípios dotados de inegável relevância como o da moralidade (art. 37, *caput*) e o do devido processo legal (especialmente na dimensão substantiva: art. 5º, LIV, da CF). Este quadro constitucional de valores identifica o conteúdo mínimo da lei. Nenhuma lei poderá contrariá-lo sob pena de inconstitucionalidade. (...) A liberdade do legislador encontra como limite a Constituição (com seu quadro de valores) e a idéia de direito e de justiça nela plasmada.
Aliás, cumpre alertar para a potencialidade de certos princípios constitucionais, especialmente o da moralidade (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. **O princípio constitucional da moralidade administrativa.** Curitiba: Gênesis, 1993; Weida Zancaner. **Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988**, RTDP 2:205-210 e José Augusto Delgado. **Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988**, RTDP 1:208-223) e o da razoabilidade ou da proporcionalidade dos atos do Poder Público. Quanto ao último, segundo Paulo Bonavides (que cita Georg Ress), é capaz de tornar possível a "justiça no caso concreto (*Einzelfallgerechtigkeit*) rompendo assim com a rigidez das regras legislativas abstratas".

(62) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito ....** op. cit., p. 171 e ss.

(63) - Um interessante estudo sobre a problemática dos princípios (inclusive constitucionais), no Brasil, pode ser encontrado em: Eros Roberto Grau (**A ordem econômica na**

Constituição de 1.988: interpretação e crítica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.990).

(64) - Silva, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.982, pp. 141-147. No mesmo sentido: Alfredo Buzaid (**Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1.958, pp. 48-49), Pontes de Miranda (**Comentários à Constituição de 1.967 com a Emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, T. I., 1970, p. 127), G. Balladore Pallieri (*Diritto costituzionale*. 4ª. Ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1.955, p.322) e Vezio Crisafulli (*La Costituzione e* .... op.cit.), 62.

(65) - Diniz, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1.989, p.93.

(65.a) - Segundo Canotilho (**Constituição dirigente e...**, op. cit., p. 59) a noção de discricionariedade não se aplica apenas ao domínio do direito administrativo. Nem por isso, todavia, consegue dar conta da atividade do Legislador. É possível que em um ou outro caso possa-se compreender a lei como exercício de uma atividade discricionária do Legislativo. Mas no geral, ensinam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (**Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 159), "não se deve falar, (...), de uma discricionariedade do legislador, senão de uma 'liberdade de configuração' normativa (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*, na expressão usual do Tribunal Constitucional alemão). É a 'imaginação criadora' e não a fidelidade a padrões dados, que a Constituição não pode dar-lhe, o campo onde está em jogo a responsabilidade política do Legislativo. O parlamento se neutralizaria se fosse considerado um órgão executivo, não independente". Por isso nada há mais errôneo do que tentar transferir à relação Constituição-lei o esquema lei-regulamento ou lei-administração, "já que supõe negar a idéia mesma da lei e da sua função política e social".

(66) - Moreira, Vital e Canotilho, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da ....** op. cit., p. 264.

(67) - Paladin, Lívio. *Osservazioni sula discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano VI, nº 4, outubro-dezembro de 1956, p. 1031. Um primoroso estudo sobre o desvio de poder legislativo no Brasil pode ser encontrado em: Caio Tácito, **Desvio de poder legislativo**, RTDP 01:62-68.

Do estudo de Caio Tácito cumpre destacar a seguinte passagem: - "A propósito dos chamados testamentos políticos, que caracterizavam términos de governos estaduais, tivemos ocasião de destacar, em comentário a decisão do Supremo Tribunal Federal, a existência de desvio de poder legislativo quando, comprovadamente, a criação de numerosos cargos públicos desatendia ao interesse público. Dissemos, ao ensejo, que 'tal abandono ostensivo ao fim a que se destina a atribuição constitucional (a de criar cargos públicos) configura autêntico, desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público' (RDA 59/347-348). Trouxemos, à colação, na oportunidade, julgado do Supremo Tribunal Federal, em que o eminente Relator, ministro Orozimbo Nonato, repelindo tributação imoderada que importava aniquilamento de atividade privada, proclamava que 'se ocorrer esse fato, nada impede a aplicação do *détournement de pouvoir*' (Revista Forense 145/168).
(...)
Em decisão de 31 de agosto de 1967, no Recurso em Mandado de Segurança 16.912, o tema do desvio de poder como vício especial de ato legislativo foi expressamente invocado. Apreciando lei de organização judiciária na qual se inseria emenda em benefício de determinado serventuário, advertiu o Ministro Prado Kelly; 'trata-se de reforma judiciária e a emenda representou um desvio de poder da própria legislatura'. (...) (acórdão no RMS 16912 - RTJ 45/530-545, especialmente pp. 536/537)".

Lembra Caio Tácito que o STF deu solução a outros casos com a aplicação da teoria do excesso de poder legislativo: RTJ 47:650, 48:165, RE 63.026 (RDA 101:209). O entendimento, em relação a certas dimensões encontra-se, inclusive, sumulado: Súmulas 70, 323 e, de modo implícito, 547.

Sobre o tema conferir, igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello (**Desvio de Poder**, RDP 89:24-36), especialmente as páginas 35 e 36.

(67.a) - Em Portugal o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso encontra-se normativamente plasmado na Constituição (arts. 18.2, 19.4, 265 e 266). Tratando-se de um princípio que deriva do Estado de Direito, encontra-se, ainda que de modo implícito, nos Textos Constitucionais. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte entende que o princípio da razoabilidade (e, portanto, da proporcionalidade) constitui desdobramento do princípio do devido processo legal (Lêda Boechat Rodrigues. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano.** 2ª Edição. Rio de Janeiro:

Civilização Brasileira, 1992, pp. 139-156). No Brasil, a exigência de razoabilidade e de proporcionalidade nos atos do Poder Público pode derivar do princípio da igualdade . Nesse sentido: San Tiago Dantas. **Igualdade perante a Lei e '*due process of law*' (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo).** Revista Forense, abril/1948. Pode estar implicitamente positivado em virtude do disposto no artigo 5º, § 2º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ..." (Paulo Bonavides. Curso de direito constitucional. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 1993, p.354). Na Constituição de 1988 ele pode derivar, igualmente, do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV). Fala-se, então, do devido processo legal no sentido substancial (*substantive due process*). Sobre isso conferir: Carlos Roberto de Siqueira Castro. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1989; Maria Sylvia Zanella Di Pietro. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991, pp.143-146; e Nelson Nery Junior, **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 31-35. Segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro (op. cit., p. 03), a *substantive due process*, nos Estados Unidos, como se espera que ocorra no Brasil, "revelou-se uma inesgotável fonte de criatividade constitucional, a ponto de haver se transformado, ao lado do princípio da igualdade (*equal protection of the laws*), no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, com destaque para a sua novel função de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, notadamente da 'razoabilidade' (*reasonableness*) e da 'racionalidade' (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos em geral do Poder Público. Nesse contexto, o papel desempenhado pelo instituto do devido processo legal como autêntico paradigma de justiça e como limite perene à atuação do Estado intervencionista, em particular no que tange ao exercício do poder regulamentar e de polícia, é verdadeiramente estupendo e de inexcedível relevância para a organização democrática".

(68) - Idem, op. cit., p. 281.

(69) - Moreira, Vital e Canotilho, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da ...**; op.cit., p. 269.

(70) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** op. cit., p. 1088. Ainda que a inconstitucionalidade parcial não implique a inconstitucionalidade total do ato normativo, é possível

que a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos alcancem outros. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a "declaração de inconstitucionalidade com efeitos para outros dispositivos dependentes". Isso ocorreu na ação direta de inconstitucionalidade 722 "ajuizada pelo Procurador-Geral da República para obter a inconstitucionalidade do art. 27, e parágrafo único, da lei 8.216, de 13.8.81, e do art. 10, § 2º, II, da lei 8.270, de 17.12.91 ...". Arthur de Castilho Neto (**Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal** . Revista da Procuradoria-Geral da República nº 02:21) analisou o caso: "Ocorre que, em sessão plenária de 23.4.92, foi concedida pelo Plenário do STF liminar para suspender a eficácia do art. 27, parágrafo único, da Lei 8.216/91, mas verificou-se que os cargos objeto daquele dispositivo ficaram sem nenhum disciplinamento porque essa mesma lei, em seu art. 38 revogara a lei 7.834/89, que criava a carreira que o dispositivo suspenso passava a regular. Os titulares dos respectivos cargos ficaram, com isso, no "limbo", sem direito sequer a qualquer tipo de remuneração. Foi requerida, então, pelo Procurador-Geral da República, em virtude da conexão entre o art. 27, *caput* e o art. 38 da citada lei 8.216, a extensão dos efeitos da decisão suspensiva. Argumentava o autor que, conquanto não houvesse aparência de inconstitucionalidade do último dispositivo, este mantinha uma relação de dependência com outro, atuando juntos para o mesmo fim, fazendo presumir que o legislador não adotaria um desacompanhado do outro - *The legislature would not have passed one without the other constitucional limitations*. 6ª ed., 1980 - citado por C.A. Lúcio Bittencourt, *in*: **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed., p. 126). Em sessão de 20.05.92 o STF, por unanimidade, deferiu a extensão pleiteada pela Procuradoria-Geral da República, suspendendo, também, a eficácia de expressões assinaladas no art. 38 da mesma lei impugnada, sanando a omissão causada pela decisão anterior".

(71) - Sobre o tema conferir Paulo Bonavides (**Do Estado liberal ao Estado social**. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.980), Ernst Forsthoff (*Problemas constitucionales del Estado social* e *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. in: *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43-67 e pp. 69-106) e Nelson Saldanha (**O Estado contemporâneo e a idéia de 'omissão' constitucional**. RT-CDCCP 01:255-257)

(72) - Loewenstein, Karl. *Teoría de la* .... op. cit., p. 222.

(73) - Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 3ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.992, p. 155.

(74) - As "normas de eficácia limitada" compõem a tipologia das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva (**Aplicabilidade das ....** op. cit. pp. 106-146).

(75) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito ....** op. cit., p. 1100.

(76) - Sobre o tema: Marcelo Neves. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988, p.30. Ainda: Claus-Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; Karl Larenz. **Metodologia da ciência do direito.** 2ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, especialmente pp. 531-596; J. Baptista Machado. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador.** Coimbra: Almedina, 1991, pp.194-205; Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento jurídico.** São Paulo: Polis, Brasília: Universidade de Brasília, 1989; Tércio Sampaio Ferraz Jr., **Conceito de sistema no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976; e Maria Helena Diniz. **As lacunas no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

(77) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de ....** op. cit., p. 319).

(78) - Sobre as lacunas constitucionais consultar, entre outros, Karl Loewenstein (op. cit., p.171) e José Reinaldo A. Vanossi. **Teoría constitucional.** Buenos Aires: Depalma, 1976.

(79) - Mendes, Gilmar Ferreira. (**Controle de ...**, op. cit., p.61).

(80) - Idem.

(81) - Pestalozza, Christian. *apud* Gilmar Ferreira Mendes, **O controle de ....** op cit., p. 90.

(81.a) - José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (**Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 255) argumentam que "hoje, as dúvidas que inicialmente se suscitaram perante o texto originário de 1976 podem considerar-se resolvidas, mercê de uma jurisprudência reiterada e pacífica. Aliás, no art. 282.2 prevê-se precisamente a hipótese da declaração de

inconstitucionalidade 'por infracção de norma constitucional posterior', podendo esta norma ser interpretada de forma a abranger, não apenas as normas introduzidas pela revisão constitucional, mas também as normas da Constituição originária". Nesse mesmo diapasão posiciona-se Jorge Miranda (**Manual de direito constitucional**. T.II, 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 349"), para quem "as leis ordinárias anteriores inconstitucionais deixaram de vigorar com a entrada em vigor da Constituição. Nem por isso, contudo, a declaração de inconstitucionalidade é inútil, mesmo se não altera o destino das normas de direito anterior: pelo menos, desempenha um importantíssimo papel de clarificação jurídica, de **accertamento** dentro do sistema e na vida política e social".

(82) - Sobre as "mutações constitucionais" conferir para além dos autores já referidos: Maurício Antonio Ribeiro Lopes (**Poder constituinte reformador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.993, p.128), Pietro Virga (*Libertà giuridica e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1947, pp. 259 e ss.), Costantino Mortati (*Istituzioni di Diritto pubblico*. Padova: Cedam, 1976, p. 1235) e Carlo Esposito (*La validità delle leggi. Studio sui limiti de la potestà legislativa e il controllo giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1.964, pp. 64 e ss) e Pedro de Vega (*La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 177-215).

(83) - Neves, Marcelo. Op. cit., p. 124.

(84) - Idem.

(85) - Buzaid, Alfredo. op. cit., p. 46.

(86) - Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1.982, pp. 261-262. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (**A teoria das Constituições rígidas**. 2ª Ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1980, p. 51), lembra que "A Inglaterra não se deixou influenciar por essas revoluções, politicamente célebres, e continuou no velho sistema costumeiro, só com algumas leis escritas, se bem que de altíssima importância, como a Magna Carta (1.215), a mais perfeita das criações humanas, segundo Jorge III, e historicamente o germe do regime constitucional, como pondera Pontes de Miranda, aceitando a expressão de John Burgess: "*the historical constitution par excellence*", e suas confirmações posteriores, *Petition of Rights* (1.627), *Habeas Corpus Act* (1.679), *Bill of Rights* (1.688) e mais outros documentos preciosos: *Act of Settlement* (1.700), que instalou no trono a casa de

Hannover, *Act of Union with Scotland* (1.707), *Act of Union with Ireland* (1.800), e *Parliament Act* (1.911)".

(87) - Sim, porque desde a ótica jurídica não há nada que impeça uma mudança radical na estrutura constitucional material inglesa. Todavia a cultura inglesa certamente não admite lei ofensiva da consciência jurídica e democrática experimentada pelos cidadãos ingleses. Logo, se juridicamente a Constituição inglesa é flexível, desde uma perspectiva sociológica ou histórica, ela é rígida.

(88) - Cappelletti, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1.984, p.53. Sustenta Cappelletti que há séculos a Inglaterra pronuncia uma célebre frase: "O Parlamento pode fazer tudo exceto transformar a mulher em homem ou vice-versa". Essa frase dá idéia da absoluta supremacia do Parlamento no regime inglês. Aliás, Blackstone em seus *Commentaries* teve oportunidade de afirmar " *that the power of Parliament is absolute and without control*". Sobre a "Gloriosa Revolução" conferir, especialmente, George Mccaulay Trevelyan (**A revolução inglesa.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982).

(89) - Laski, Harold. J. *El Estado moderno apud* Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit. , p.53.

(90) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 52.

(91) - Cappelleti, Mauro. **O controle ...**; op. cit., p.59.

(92) - Burdeau, Georges. *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1984, p. 103.

(93) - Trata-se aqui de uma concepção até certo ponto rousseauniana de lei. Embora Rousseau advogasse os mecanismos de democracia direta, a revolução francesa, de certo modo, transplantou as suas idéias para o universo da democracia representativa.

(94) - Vicent, Jean; Montagnier, Gabriel et Varinard, André. *La justice et ses institutions*. Paris: Dalloz, 1.982.

(95) - Burdeau, Georges. op. cit., p. 116. Sobre a fiscalização da constitucionalidade na França ver: - Jean Gicquel et André Hauriou (*Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Editions Montchrestien, 1985, pp. 921 e ss.), Marcel Prélot et Jean Boulouis,

(*Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1984. pp. 861 e ss.) e François Luchaire (*Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Conseil Constitutionnel Français* in: Louis Favoreu (*sous la direction de*): *Cours contitutionnelles européenes et droits fondamentaux*. Paris: Economica, 1982, pp. 52-104). Entre os autores brasileiros consultar: José Luiz de Anhaia Mello (**Da separação dos poderes à guarda da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968 pp. 126 e ss.) e José Alfredo de Oliveira Baracho (**Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 287 e ss.).

(96) - Não é esta, todavia, a posição de Louis Favoreu (*Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics. Revue du Droit Public e de la science politique en France et à l'étranger*. Paris: 1967, p. 118), para quem o Conselho Constitucional exerce jurisdição. Sobre a polêmica, Mauro Cappelletti (op. cit. p. 30) teve oportunidade de afirmar que "o parecer vinculatório do *Conseil Constitutionnel* é, certamente, um parecer jurídico (de constitucionalidade) e não uma mera avaliação de oportunidade política, sem com isto assumir, porém, o caráter de um verdadeiro julgamento em sentido jurisdicional". Sobre a questão Marcel Prélot e Jean Boulouis (op. cit., p. 873) dizem o seguinte: *La présentation des attributions du Conseil Constitutionnel qui vient d'être faite s'est efforcée de ne pas prendre parti sur la nature de l'institution. Cette nature demeure en effet controversée entre ceux qui dénient au Conseil le caractère de juridiction et ceux qui au contraire le lui reconnaissent. Les premiers se fondent, indépendamment du mode de recrutement et de nomination des membres, sur un certain nombre d'élements tenant à procédure (absance de parties, caractère sommaire des pièces, exclusion de représentants ou d'avocats) ou la forme des décisions, notamment en ce que celles-ci ne son pas rendues <<ao nom du peuple français>> comme il est de règle pour les juridictions. Ils n'en conviennent pas moins qu'en matière électorale le Conseil agit en juridiction véritable. Pour les autres, qui se fondent à leur tour sur des caractères de forme et sur l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil conçue par celui-ce comme une autorité de chose jugée, la qualité de juridiction de l'institution doit être reconnue.*

Segundo Jorge Miranda (**Manual de direito constitucional**. T.II, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 321.) o modelo francês é caracterizado pelo fato de o controle da constitucionalidade ser exercido por órgão político, embora mediante processo jurisdicionalizado.

(97) - Prélot, Marcel et ... , op. cit., p.871

(98) - Sobre a Suprema Corte e a Constituição conferir de Lêda Boechat Rodrigues : **A Corte Suprema dos Estados Unidos. Sua jurisdição e o atual regimento interno**. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 159, maio-junho 1966. Da mesma autora: **A Corte Suprema dos Estados Unidos e o controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 165, maio-junho de 1.956. Ainda: **A Corte Suprema dos Estados Unidos e o governo dos juízes (1895-1937)**. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 161, setembro-outubro de 1.955. Também: George H. Jaffin. **Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 129, pp. 280-292, abril-junho de 1.941 e de Edouard Lambert: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'experience américaine du controle de la constitutionnalité des lois*. Paris: Giard, 1.921.

(99) - Rodrigues, Leda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

(100) - Franco, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 60.

(101) - Idem, p. 62.

(102) - Poletti, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.32.

(103) - Idem, p. 36.

(104) - Ib.id., p. 41.

(105) - Ib.id., p. 37. A revisão judicial da justiça federal sobre as leis dos Estados foi definida através do "*Judiciary Act*" de 1.789. Segundo Afonso Arinos de Melo Franco (op.cit.,p. 63) "... já no seu primeiro século de existência, a Suprema Corte declarou nulas 175 leis estaduais, sendo que mais de 100 nos 20 anos que se seguiram à Guerra de Secessão". Quanto à revisão judicial das leis federais, esta foi definida pela jurisprudência da Suprema Corte. Como lembra Afonso Arinos de Melo Franco (op. cit. p. 64) "aquilo que a Convenção não pode ou não quis fazer, lacuna que o Congresso ordinário não estava em condições de preencher por lei, a Suprema Corte conseguiu

realizar, através de uma interpretação lógica e construtiva da Constituição".

(106) - Marshall. **Decisões constitucionais.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1908. Lembra C.A.Lúcio Bittencourt (**O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1968, p 14) que "lançada essa doutrina, cuja lógica os juristas americanos, em sua maioria, consideram inatingida pela crítica, as circunstâncias especiais do caso levaram o Poder Executivo a acatar o julgamento, ficando, por isso mesmo, definitivamente firmada a orientação. Todavia, pelo menos três vezes, até meados do século em que foi anunciada, esteve a doutrina a pique de perder sua eficácia". Ela sofreu oposição de Lincoln e questionamento de Andrew Jackson.

(107) - Cappelletti, Mauro. op. cit., p. 76.

(108) - Idem, p. 81. No mesmo sentido: Mauro Cappelletti, *Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, in*: (*sous la direction de*) Louis Favoreu. *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Paris: Economica, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982, p. 463.

(109) - Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito.** 4ª Ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p 367. Também: **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990, 157.

(110) - Idem. **Teoria Pura ...**, p. 374.

(111) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** op. cit., p. 980.

(112) - Mirkine-Guetzévitch, Boris. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Paris: Giard, 1.931, p.34.

(113) - Baracho, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1.984. Também: Oscar Dias Corrêa. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1.987. Ainda: Raul Machado Horta. **O controle da constitucionalidade das leis no regime parlamentar.** Belo Horizonte: Tese, 1.953 e Luís Pinto Ferreira. **A jurisdição constitucional**, in: (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira, **O Judiciário e a Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 197-233. Sobre a fiscalização da

constitucionalidade na Bélgica, conferir, entre outros, Francis Delpérée. *Droit constitutionnel. Tome I. Les données constitutionnelles*. Bruxelles: Larcier, 1980, pp. 112-121. Também: Robert Andersen. *Le recours en annulation devant la Cour D'Arbitrage* in: Francis Delpérée (*sous la direction de*). *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*. Paris: Economica, Bruxelles: Bruylant, 1.991, pp. 11-35. Um panorama completo sobre o modelo continental-europeu de fiscalização da constitucionalidade pode ser encontrado em : Louis Favoreu, *Rapport Général Introductif*, in: (*sous la direction de*) Louis Favoreu. *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*. Paris: Economica, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1.982, pp. 25-49. Especificamente sobre a Corte Constitucional austríaca conferir: Félix Ermacora, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux: Cour Constitutionnelle Autrichienne*, in: (*sous la direction de*) Louis Favoreu, *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*", op. cit, pp.187-200.

(114) - Costa, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1992. Também: P. Bon, J. Casalta Nabais, M. Lobo Antunes, J. Miranda, F. Moderne, H. Mota, L. Nunes de Almeida et V. Pereira da Silva. *La justice constitutionnelle au Portugal*. Paris: Economica, 1.989.

(115) - Miranda, Jorge. **A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal**. in: sob a coordenação da Sálvio de Figueiredo Teixeira, **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1.993, p.15.

(116) - Idem.

(117) - Ib.id.

(118) - Ib.id.

(119) - Ib.id.

(120) - Andersen, Robert. *Le recours en ...*, op. cit., p.11.

(121) - Idem.

(122) - Bachof, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais ?**. Coimbra: Atlantida Editora, 1.977.

(123) - Sim, porque o Conselho de Estado francês, em relação aos atos da Administração, inclusive os decretos

regulamentares e não regulamentares do Executivo, exerce um controle da legalidade em sentido amplo, que pode, por evidente, também dar lugar a uma fiscalização sucessiva da constitucionalidade desses atos normativos . Sobre o assunto consultar Georges Vedel e Pierre Devolvé (*Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France. 1.984, p.776). É possível dizer que, embora unicamente em relação aos atos da Administração Pública o Conselho de Estado constitui um "*juge constitutionnel*".

(124) - Anais da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça - Documentação e direito comparado, 1.987, nºs 31/32 p. 43.

(125) - A respeito, conferir, por exemplo: RTJ, 99(3): 1040 .

(126) - Clève, Clèmerson Merlin. **A atividade legislativa do ....** op. cit., p. 213. No mesmo sentido: Anna Cândida da Cunha Ferraz, **Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 34:35.

(127) - Miranda, Jorge. **Manual de ...**; op. cit., p. 313.

(128) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. op. cit., p. 981.

(129) - Idem.

(130) - A questão não é tão simples. No caso espanhol a fiscalização da constitucionalidade por via incidental será suscitada pelo juiz quando este possua alguma "dúvida" a respeito da conformidade de uma lei com a Constituição e desde que "*de la validité de la norme suspectée d'inconstitutionnalité dépend l'issue du procès*". Na Alemanha, todavia, o juiz *a quo* deve "*d'être convaincu de l'inconstitutionnalité de la loi*". A dúvida não basta. Havendo a convicção da inconstitucionalidade, o juiz encaminha a questão para a Corte Constitucional, a única competente para decidir. Se o juiz, todavia, estiver convencido da legitimidade da lei apontada como inconstitucional, ele decide o caso, sem encaminhar a questão constitucional para a Corte Constitucional. Sobre o tema consultar: Marc Verdussen (*Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative*" *in*: Francis Delpérée (*sous la direction de*). *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*". op. cit. pp. 153-196.

(131) - Miranda, Jorge. **Curso de direito ....** op.cit., p. 313.

(132) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 8ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 59-60.

CAPÍTULO II

A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.

SEÇÃO I

HISTÓRICO DA FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.

1. A Constituição de 1.824

O direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1.824, desconheceu o mecanismo da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. É preciso ver que durante o Império o direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Pois ambos os países desconheciam este modelo de fiscalização da constitucionalidade. O princípio da "supremacia do Parlamento" (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto "expressão da vontade geral" catalisada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como já experimentada nos Estados Unidos.

Cabia ao Poder Legislativo, durante o Império, exercer a guarda da Constituição (art. 15, nº 9).

Não havia, entretanto, na Constituição, uma palavra a respeito do modo como essa "guarda" seria exercitada. O projeto de Constituição que a Assembléia Constituinte discutia em 1.823, conquanto igualmente silenciasse a respeito do modo como a fiscalização seria atuada pelo Legislativo, era mais completo pois definia (art. 266) que "todas as leis existentes, contrárias à letra e ao espírito da presente Constituição, são de nenhum valor" (1). O anteprojeto, como todos sabem, não chegou a ser votado, na medida em que, fechada a Assembléia Constituinte por ordem do Imperador, este outorgou a Constituição de 1.824 (2).

Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação, por isso que cabia a ele (art. 98) manter a "independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes" (3). Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, "chave de toda a organização política" nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1.824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário.

O dogma da "soberania do Parlamento", a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império (4).

2. A Constituição de 1.891

Com a Constituição de 1.891 as instituições políticas brasileiras passaram por profunda reformulação. A doutrina jurídica norte-americana exerceu forte influência sobre o modelo constitucional que o país implementou. O Brasil adotou a República, o Presidencialismo, o Legislativo bicameral com um Senado composto por representantes dos Estados, a Federação, a *judicial review* e o modelo de organização judicial com a Suprema Corte e a justiça federal, seguindo os passos já experimentados pelos Estados Unidos (5).

A Constituição de 1.891 admitiu a fiscalização, pelo Judiciário, da legitimidade das leis em face da Constituição. Antes da promulgação dessa Carta, a Constituição Provisória de 1.890 (Decreto nº 510, de 22 de junho), ao tratar do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 1º, "a" e "b"), atribuiu ao Judiciário idêntica competência, o mesmo ocorrendo com o Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que instituiu a Justiça Federal. A competência do Supremo Tribunal Federal para a declaração da inconstitucionalidade foi disciplinada no art. 9º, "a" e "b" do referido Decreto. Ora, a Carta Constitucional de 1.891, sobre reproduzir os dispositivos acima apontados, tratou outra vez, como lembra Lúcio Bittencourt, da fiscalização da constitucionalidade ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para conhecer e julgar o recurso interposto "quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela" (art. 59, § 1º, "a") (6).

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em "princípio, não obstante os claros preceitos referidos, houve por parte do Poder Judiciário, dúvida quanto ao exercício de relevante atribuição, e timidez na sua utilização, em aceitando-a. Isso só se tornou pacífico, após os trabalhos de Ruy, ao mostrar, à concludência, o alcance dos seus dipositivos, em reconhecendo essa prerrogativa do Poder Judiciário" (7).

O Judiciário exercitava, com a Constituição de 1.891, um modelo difuso, incidental e sucessivo de fiscalização da constitucionalidade.

A lei federal nº 221, de 20 de novembro de 1.894, melhor definiu o modelo de fiscalização da constitucionalidade ao estabelecer (art. 13, § 10) que "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". A exigência de que a inconstitucionalidade, para ser reconhecida pelo Judiciário, fosse "manifesta" derivava da jurisprudência dos tribunais americanos (8).

A Reforma de 1.926 à Constituição de 1.891 não trouxe alterações radicais (9) no sistema. Deu, todavia, mais clareza aos dispositivos que tratavam da competência do Supremo Tribunal Federal e do recurso extraordinário. De fato, com a reforma de 1.926, a Constituição, no art. 60, § 1º, definiu que "das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade de leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou de

atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; c) ...".

3. A Constituição de 1.934

A Constituição de 1.934, quanto à fiscalização da constitucionalidade, manteve o modelo de controle difuso, incidental e sucessivo, e por isso no art. 76, III, "b" e "c", reproduziu, com insignificantes alterações, dispositivos da Constituição anterior com a redação oferecida pela reforma de 1.926. Todavia, sobre mantê-lo, introduziu no sistema importantes inovações.

Com efeito (i), no art. 179, determinou que, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros. Esse preceito acolheu expressamente orientação jurisprudencial firmada pelos tribunais norte-americanos; (ii) atribuiu (arts. 91, IV e 96), por outro lado, ao Senado Federal - órgão incumbido de coordenar os Poderes da República entre si (art. 88) - competência para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Pretendeu o Constituinte, aqui, como será demonstrado oportunamente, instituir uma fórmula para dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal. E, finalmente, (iii) a Constituição de 1.934 criou a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Tratava-se, segundo Gilmar Ferreira Mendes, "de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos,

que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º) à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º)" (10). Com efeito, a Constituição de 1934 estabeleceu expressamente os princípios de observância obrigatória pelos Estados-membros (art. 7º, I, letras "a" e "h": - **princípios constitucionais sensíveis**) no exercício de sua capacidade política (poder de auto-organização e competência legislativa). Inobservados os princípios, caberia a intervenção federal decretada por lei e condicionada à solução que o Supremo Tribunal Federal desse à representação interventiva.

4. A Constituição de 1.937

A Carta de 1.937 não passou, para utilizar a tipologia de Loewenstein, de uma "Constituição semântica" (11) ou seja, um Estatuto que tinha por função não mais que legitimar o golpe perpetrado pelo ditador. No que se refere à fiscalização da constitucionalidade, a Carta de 1.937 manteve o modelo instaurado em 1.891. Quanto às inovações trazidas pela Constituição de 1.934, reproduziu unicamente a exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, pelos tribunais, de lei ou ato do Presidente da República. A Constituição de 1.937, portanto, não cuidou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, pretendeu atenuar a supremacia do Judiciário. Com efeito, o Constituinte de 1.937 definiu no art. 96, parágrafo único, que "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, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal". Essa medida, criticada à época por uns e defendida por outros (12), segundo Anhaia Mello, concilia-se "antes de mais nada com a preocupação dominante do diploma, de fortalecimento do Executivo" (13). Ora, no contexto do Estado Novo, o Executivo assumiu nítida preeminência, na medida em que, afinal, o Legislativo não foi convocado. Sem o Poder Legislativo, coube ao próprio Executivo exercitar, por meio de decreto-lei, a faculdade autorizada pelo art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1.937 (14).

5. A Constituição de 1.946

Com a Constituição de 1.946 o país reencontra-se com a democracia. Por isso que, restaurando o princípio da *judicial review* em sua plenitude, o Constituinte não mantém o disposto no art. 96, parágrafo único, da Constituição precedente. Cabe ao Judiciário dar a última palavra em questões de natureza judicial. A fiscalização da constitucionalidade sofreu aperfeiçoamentos, mantidos o modelo inaugurado com a Constituição de 1.891 e as novidades inseridas pela Carta de 1.934.

Para além das competências originária e recursal ordinária, competia ao Supremo Tribunal Federal julgar em recurso extraordinário (art. 101, III) as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes: a) quando a decisão fosse contrária a dispositivo da Constituição ou à letra de tratado ou lei

federal; b) quando se questionasse sobre a validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão recorrida negasse aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestasse a validade de lei ou ato de governo local em face da Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgasse válida a lei ou o ato.

A competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Judiciário, foi mantida. Todavia, a Constituição, no art. 64, deixou claro que o Senado Federal suspende a execução das leis e decretos declarados inconstitucionais por **decisão definitiva** não de qualquer juízo ou Tribunal, mas unicamente do Supremo Tribunal Federal (15). A exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração da inconstitucionalidade foi, igualmente, reproduzida (art. 200).

A representação interventiva, embora preservada, assume com a Lei Fundamental de 1.946, nova configuração. Com efeito, demonstra Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que:

> O texto da Constituição de 1.946 sobre esse caso de intervenção é distinto do da de 1.934, embora este seja a sua fonte inspiradora.
>
> No da de 1.934, como se viu, a execução de intervenção, que competia ao Presidente da República, só se efetuaria no caso de decretação da intervenção pelo Poder Legislativo, a quem cabia tomar essa medida, na hipótese de violação dos princípios constitucionais da União, se o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação da Procuradoria Geral da República, tomasse conhecimento dessa lei de decretação de intervenção e declarasse a sua constitucionalidade. E essa provocação seria de *moto proprio*, ou por determinação do Presidente

> da República, ao qual se achava subordinado, e a quem competia executar dita intervenção.
>
> Já na de 1.946, o procedimento era diferente. O Procurador-Geral da República submeteria ao exame do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucional, em virtude de petição de terceiro, com o seu pronunciamento, pró ou contra; e se aquele órgão judicante declarasse a inconstitucionalidade do ato impugnado, o Congresso Nacional decretaria a intervenção federal. Porém, antes de o Executivo efetivá-la, se limitaria o Congresso a suspender a execução do ato considerado inconstitucional, caso essa medida bastasse para estabelecer a normalidade no Estado federado, evitando-se, assim, a concretização da intervenção (16).

As leis nºs. 2.271, de 22 de julho de 1.954 e 4.337, de 01 de junho de 1.964, trataram de disciplinar a representação interventiva.

6. A Emenda Constitucional nº 16/65

A Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1.965 à Constituição de 1.946, instituiu entre nós a fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Com efeito, a apontada Emenda alterou o art. 101, item I, alínea "k", da Constituição de 1.946, acrescentando às competências originárias do Supremo Tribunal Federal a "de processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

Não deixa de ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer

ditadura, presta-se admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais.

A representação instituída pela Emenda Constitucional nº 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo de solução de conflito entre a União e uma Coletividade Política Estadual. Por isso que a violação apenas dos princípios constitucionais sensíveis pode autorizar a sua propositura pelo Procurador Geral da República. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda nº 16/65, de representação genérica, apta, portanto, a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição. A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercitada por via de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. A representação genérica, ao contrário, implica a realização de uma fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque neste caso está em jogo unicamente a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República.

A Emenda Constitucional nº 16/65, para além de instituir a fiscalização da constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, autorizou a instituição, pelos Estados-membros, de processo, de competência dos Tribunais de Justiça, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município em conflito com a Constituição do Estado (art. 19 que acrescentou o inciso XII ao art. 124 da Constituição de 1946).

7. A Constituição de 1.967/69

A Constituição de 1.967 manteve o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade inaugurado com a Constituição de 1.891, com as alterações posteriores, inclusive aquelas constantes da Constituição de 1.946 e da Emenda Constitucional nº 16/65. Trouxe, entretanto, duas pequenas alterações. Não conservou o dispositivo, trazido pela Emenda nº 16/65, autorizador da representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual. Depois, na representação interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, a competência para suspender o ato estadual foi, nos termos do art. 11, § 2º, transferida do Legislativo para o Presidente da República.

A Emenda nº 01 de 1.969 não alterou o sistema. Admitiu, todavia, de modo expresso pela primeira vez, a instituição pelos Estados-membros de representação interventiva, para, nos moldes do modelo federal, atuar a fiscalização da constitucinalidade da lei municipal em face dos princípios elencados na Constituição Estadual (art. 15, § 3º, "d" da Constituição).

A Emenda Constitucional nº 7/77, trouxe algumas novidades. Em primeiro lugar, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, competência para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo. De fato, o art. 119, I, XXX, "l", da Constituição de 1967/69, com a Emenda nº 7/77, disciplinou que competia à Suprema Corte julgar "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual". A representação para fins de interpretação foi abolida pela Constituição de 1.988. A segunda novidade consiste na previsão expressa de medida cautelar (liminar), solicitada pelo Procurador-Geral da República, nas representações encaminhadas por essa autoridade (art. 119, I, "p").

8. A Constituição de 1.988

Com a Constituição de 1.988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal) de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado. Com efeito (i) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); (ii) admitiu-se a instituição pelos Estados-membros, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art.125, § 2º); (iii) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, "q", quando de competência do STF); (iv) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender o ato impugnado (art. 103, § 3º); (v) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º); (vi) não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representação para fins de interpretação, mecanismo que foi, portanto, suprimido pela nova Lei Fundamental; (vii) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, par. único) que não foi, ainda, regulamentado e, finalmente, (viii) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III).

Salvo essas importantes alterações, a Constituição de 1.988 manteve, em linhas gerais, o modelo

de fiscalização da constitucionalidade presente na Constituição de 1.967/69.

A Emenda Constitucional nº 3, de 18 de março de 1.993, alterou a redação dos artigos 102 e 103 da Lei Fundamental da República, para o efeito de instituir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal. As decisões da Suprema Corte, nesse caso e quanto ao mérito, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A ação declaratória de constitucionalidade será proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República.

Tratou-se até aqui de resgatar a memória da fiscalização da constitucionalidade no Brasil. Cumpre, agora, analisar o sistema de fiscalização de constitucionalidade tal como praticado após a promulgação da Constituição de 1.988 e da Emenda Constitucional nº 03/93. O que foi, todavia, dito até aqui, parece ser suficiente para demonstrar que se "desenvolve, no Brasil, nítida tendência para o método de jurisdição concentrada (sem prejuízo da jurisdição difusa, contudo) , mediante exercício de ação direta de inconstitucionalidade ..." (17) ou de constitucionalidade.

SEÇÃO II

A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE

1. A FISCALIZAÇÃO INCIDENTAL DA CONSTITUCIONALIDADE

1.1. A provocação da jurisdição constitucional concreta

A república norte-americana foi o primeiro país a exercitar um modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade. Com efeito, nos termos da tradição americana, pode o Judiciário, no curso de um caso qualquer, apreciar uma questão de inconstitucionalidade, arguida *incidenter tantum*, como questão prejudicial daquela que constitui o objeto do processo. Neste caso, caberá ao órgão judicial, decidindo a prejudicial, declarar a inconstitucionalidade da lei, para o efeito de subtrair o *case* de sua esfera de incidência ou reconhecer a sua legitimidade aplicando-a para a solução da lide. A fiscalização concreta atuada pelo Judiciário americano, portanto, manifesta-se por via de exceção, ou como prefere Celso Ribeiro Bastos, por via de defesa (18). Com efeito, a arguição manifestar-se-á, sempre, no curso de um processo, daí porque não há ataque direto à lei inquinada de vício. Ataca-se, sim, o ato, o fato ou a conduta que se pretende praticar com base na lei.

Como já tivemos oportunidade de ver, a fiscalização concreta da constitucionalidade não se manifesta apenas por via de exceção ou de defesa. Há alguns países, como é o caso da Alemanha, que adotam um modelo de fiscalização concreta provocada por meio de ação direta. Trata-se do recurso constitucional. No Brasil, a ação direta interventiva certamente autoriza a realização de um tipo concreto de fiscalização da constitucionalidade. Isto porque, na ação direta interventiva objetiva-se não a

proteção do direito constitucional objetivo (tal como na ação direta genérica) mas, sim, a solução de um conflito federativo envolvendo o Estado-membro e a União ou o Município e o Estado-Membro. A arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, par. único, da Constituição Federal, ainda não regulamentada, poderá, tal como o recurso constitucional alemão ou austríaco, autorizar a realização de uma fiscalização concreta de constitucionalidade por meio de ação direta.

Interessa-nos, neste momento, estudar apenas a fiscalização concreta provocada por via de exceção ou de defesa. A fiscalização da constitucionalidade operada por meio da ação direta interventiva será tratada, logo a seguir, em lugar específico.

Nos Estados Unidos, três são os meios pelos quais os litigantes podem submeter ao Judiciário uma questão de constitucionalidade, segundo George H. Jaffin: " 1º) a exceção de inconstitucionalidade; 2º) o recurso ao procedimento de equidade, que é o pedido à Corte de uma *injunction* que proíba aos funcionários públicos dependentes do Poder Executivo, obrigados ao cumprimento da lei arguída de inconstitucional, sua aplicação ou mera tentativa de aplicação; 3º) o uso do procedimento da sentença declaratória" (19).

Desde o caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte procurou deixar claro que a possibilidade do Judiciário decidir sobre a legitimidade de uma lei em face da Constituição "só poderia ser exercida por via de exceção, quando de um litígio submetido ao seu julgamento, não podendo resultar em um poder geral de veto sobre a legislação do congresso" (20).

Sem caso concreto, controvérsia ou litígio, não pode o Judiciário exercitar a fiscalização da constitucionalidade. Esta foi a primeira posição da Suprema Corte Americana.

Diante do entendimento da Suprema Corte , para forçar a manifestação do Judiciário a respeito de alguma questão constitucional, passaram os advogados americanos a simular demandas. É o caso da ação de *stockholder*. Com o objetivo de provar a inconstitucionalidade de uma lei, constitui uma "engenhosa criação, comparável às mais delicadas ficções por intermédio das quais se desenvolveu a ação de *ejectment* para dar uma prova real do título de propriedade, numa ação entre arrendatários de cada um dos litigantes, queixando-se o autor fictício de evicção de sua posse pelo réu fictício': John Doe versus Richard Roe, Mister Good Right versus Mr. Bad Right. Faz-se, na ação do *stockholder*, um ajuste amistoso, em virtude do qual um acionista inicia um pleito com o objetivo de impedir que os representantes legais e funcionários de sua corporação obedeçam a uma lei que se considera, ao mesmo tempo, inconstitucional e prejudicial à companhia" (21).

A segunda modalidade de provocação da fiscalização da constitucionalidade consiste no ajuizamento de uma *injunction*. Não obstante a 11ª Emenda proibisse a propositura de ações contra o Estado, entendeu-se que a proibição não constituía obstáculo à propositura de medidas judiciais contra os funcionários do Estado (22). Todavia, o Judiciário passou a aceitar, sem restrições, a *injunction* somente a partir de 1.908, com a decisão, pela Suprema Corte, do caso: "ex parte Yong, Attorney General". A *injunction* é ajuizada contra um funcionário do Estado incumbido de executar a lei que se inquina de

inconstitucional, para o fim de censurar ou de prevenir a prática de ato danoso ao direito do Autor. Constitui um instrumento célere e eficaz para a solução de uma questão constitucional.

A terceira modalidade de provocação da fiscalização da constitucionalidade, nos Estados Unidos, consiste na propositura de uma ação declaratória. Num primeiro momento, presa ao modelo de processo tradicional, a Suprema Corte não admitiu a ação declaratória, instituída pela legislação processual de vários Estados. Essa concepção muda com a decisão do caso *Nashville, C. and St. Louis Railway v. Wallace*, de 06 de fevereiro de 1.934 (23). À mudança de orientação da Suprema Corte seguiu-se a promulgação de lei federal (1.934) que confere jurisdição às Cortes federais inferiores no procedimento de sentença declaratória. Sobre essa modalidade de provocação da fiscalização da constitucionalidade nos Estados Unidos, Themistocles Brandão Cavalcanti teve ocasião de lembrar que:

> O julgamento declaratório é um método estatutário, *non-technical*, que regula controvérsias sem exigir das partes que entrem em litígio, fundadas em suas próprias interpretações.
>
> Nenhuma decisão executória decorre necessariamente de um julgamento declaratório. A presunção é de que, uma vez declarada a lei, as partes procedam de acordo com a decisão. Todavia, esta pode servir de base para futuras ações com o objetivo de executá-la.
>
> Na expressão bem nítida da doutrina, a declaratória pressupõe uma controvérsia, *bona fide*, excluindo casos que não sejam concretos, simples teses (*moot cases*), casos atuais e não somente hipotéticos.

> É preciso, portanto, ..., não confundir as questões, porque o julgamento declaratório não é a afirmação em tese da constitucionalidade, mas pressupõe o interesse das partes e uma relação jurídica apresentada ao conhecimento do judiciário, a inconstitucionalidade é apreciada no exame da relação de direito.
>
> ...
>
> A ação declaratória visa regular direitos e situações legais para as controvérsias, através dos julgamentos declaratórios.
>
> Nada impede que, no exame da relação jurídica, se reconheça e proclame o atrito entre o ato ou a lei ordinária e a Constituição (24).

É evidente que a experiência constitucional americana influenciou fortemente a brasileira (25).

Admitiu-se, no Brasil, inicialmente, que na fiscalização incidental por via de exceção, "o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão *sub specie juris*, considere inexistente a lei reputada inconstitucional" (26). Não se admite, neste caso, conforme ensina Rui Barbosa, um processo instaurado para essa finalidade, ou seja, para que a declaração da inconstitucionalidade constitua objeto do julgado (27). A via de exceção exigia, num primeiro momento, um comportamento passivo do interessado. A inércia seria quebrada com a propositura de ação onde interesse ou direito seu estava em jogo. Aqui, sim, caberia, para robustecer a defesa, arguir a exceção de inconstitucionalidade enquanto questão prejudicial de mérito.

Assim como a experiência americana foi, paulatinamente, incorporando modificações, até admitir a *injunction* e a ação declaratória, o mesmo ocorreu com a brasileira. Passou-se aqui, como lá, a admitir-se que não era "mister aguardar a aplicação da lei para que o lesado pudesse agir" (28). Caberia, também em matéria constitucional, a provocação do Judiciário para o fim de evitar lesão a direito. Neste caso, como no primeiro, uma vez provocado, não cabe ao Judiciário, *in thesi* declarar a inconstitucionalidade da lei; deve, no entanto, prevenir ou cassar o ato que se pretende praticar ou que foi praticado com fundamento nela. A questão de inconstitucionalidade não consubstancia objeto principal do processo, tal como ocorre na ação direta genérica; porém, a decisão do caso concreto exige a preliminar solução da invocada questão de inconstitucionalidade.

Como a fiscalização incidental da constitucionalidade não mais exige a inércia do particular ou do interessado, podendo ele agir para o efeito de atacar ou prevenir ato praticado ou iminente com fundamento na lei apontada de inconstitucional, tem razão Celso Ribeiro Bastos quando pretende identificar a via de exceção com a defesa (então: "via de defesa") que o interessado faz de seu direito, pouco importando se o faz (i) mantendo-se em atitude passiva, para o fim de, uma vez cobrado judicialmente, invocar uma questão prejudicial de constitucionalidade, ou (ii) assumindo uma posição ativa, atacando desde logo o ato ofensivo a direito seu praticado com fundamento em lei inconstitucional. Dos dois modos conseguirá o interessado provocar o exercício da jurisdição constitucional difusa, concreta e incidental (29). Em ambas as situações, porque desafiadoras da fiscalização subjetiva da constitucionalidade, "o objeto da

ação não é a constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de uma lei cuja validade é contestada frente à Constituição" (30) exige a apreciação da questão constitucional. Por isso que, nos dois casos, inexiste ataque frontal e direto à lei, nem se pretende a declaração da inconstitucionalidade da lei em tese. Pretende-se, sim, apenas a solução da questão constitucional na medida em que ela resolve, também, uma determinada situação litigiosa submetida à apreciação judicial.

1.2. Como suscitar a questão constitucional

Não há dúvida, pois, que no direito brasileiro a questão constitucional pode ser levantada pelo réu por ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), por aquele que na qualidade de terceiro integra a relação processual, ou ainda pelo autor na inicial de uma ação de qualquer natureza (civil, penal, trabalhista, eleitoral), proposta perante qualquer órgão jurisdicional, desde que competente para a causa (inclusive os Tribunais nos casos de competência originária). A questão constitucional pode ser levantada no processo de conhecimento (rito ordinário ou sumaríssimo), pouco importando se se trata de ação constitutiva, declaratória ou condenatória, no processo de execução (especialmente por ocasião dos embargos, mas não apenas aí) e, mesmo, no processo cautelar. Não há dúvida que a questão constitucional pode ser deduzida nas ações constitucionais, inclusive no mandado de segurança, no *habeas corpus*, no *habeas data*, podendo também ser suscitada na ação civil pública e na ação popular.

É necessário ter algum cuidado com a expressão "exceção de inconstitucionalidade". É que o Código de Processo Civil prevê algumas hipóteses de exceção (de incompetência, de suspeição ou de impedimento do juiz - arts. 304 a 314, do CPC). Tratam-se de exceções em sentido estrito, ditas "instrumentais", posto que processadas em apenso aos autos do processo (art. 299, do CPC). Com efeito, as exceções referidas constituem meios de defesa indireta, voltados contra o processo, e não contra a pretensão do autor. Formam um processo separado do processo principal, mas a este apenso, formando um "incidente processual" (31). Não é o que ocorre com a exceção de inconstitucionalidade. A palavra exceção, neste caso, é "empregada em sentido amplo para abranger toda a matéria da defesa, significando defesa e é nesse sentido que se fala em exercício da jurisdição constitucional por via de exceção, quer dizer, em defesa do lesado num processo que alguém propõe contra ele em juízo. Mas, no sistema processual brasileiro, a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que o autor funda seu pedido, é matéria preliminar da contestação, precisamente porque ela é prejudicial do mérito intrínseco da causa" (32).

1.3. Quem pode suscitar a questão constitucional

Podem suscitar a questão de constitucionalidade todos aqueles que integram, na qualidade de partes, ou de terceiros (assistentes, litisconsortes, opoentes, etc.), a relação processual, assim como o Ministério Público (quando oficie no feito). Por outro lado, não é indispensável a alegação das partes, sendo certo que pode o juiz ou o Tribunal (em face de arguição do relator, do revisor ou de qualquer membro)

recusar a aplicação de lei ou ato normativo, por inconstitucionais, a despeito do silêncio das partes (33).

1.4. Competência

Decidirá a questão constitucional incidentalmente suscitada o juiz ou tribunal competente para, em primeiro ou em grau de recurso, conhecer e julgar a causa.

Desde a Constituição de 1.934 (art. 179), a declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais exige a manifestação da maioria absoluta de seus membros. Atualmente a exigência encontra-se prevista no artigo 97, da Constituição Federal de 1.988, *verbis*: - "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público". Cumpre estudar as implicações da exigência constitucional.

Como já afirmado, a exigência constitucional incorpora a jurisprudência americana firmada com o sentido de dar às decisões envolvendo matéria constitucional maior grau de certeza (34).

Em face do preceito constitucional, discutiu-se durante algum tempo se dispunha o juiz singular de competência para a declaração de inconstitucionalidade. Alguns autores sustentaram que o juiz de primeiro grau não podia exercitar, ainda que incidentalmente, a jurisdição constitucional, especialmente declarar a inconstitucionalidade de lei. É o caso de Alcides de Mendonça Lima (35) e de Vicente Chermont de Miranda (36). Todavia, a orientação jurisprudencial predominante foi a

que não via impedimento para o exercício da jurisdição constitucional incidental pelos juízes de primeiro grau. Da mesma maneira inclinou-se a doutrina, entendendo que à falta de texto expresso na Constituição de 1.934, vedando aos juízes singulares o exercício de jurisdição constitucional, deveria prevalecer a tradição que vinha desde a primeira Carta Política republicana (37). Segundo Lúcio Bittencourt, referindo-se a preceito idêntico da Constituição de 1.946, esse dispositivo "não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao voto - nem mesmo à presença, mas ao voto, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer - da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, em si mesmo, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência; estabelece apenas uma condição de eficácia" (38) (39). Ora, se não é uma "norma de competência", estabelecendo apenas uma "condição de eficácia", não há porque imaginar que apenas os tribunais, e pois, jamais os juízes, poderão declarar a ilegitimidade de lei por contrariar disposição constitucional. A Constituição diz que: quando a declaração for pronunciada por tribunal, ela exigirá a manifestação, nesse sentido, da maioria absoluta de seus membros ou daqueles que compõem o órgão especial (40). Aliás o Supremo Tribunal Federal já deixou claro que a declaração de inconstitucionalidade pode ser proferida por juiz singular (41).

A declaração da constitucionalidade de uma lei, porém, pode (interpretação *a contrario*), nos tribunais, ser proclamada por órgão fracionário (as Câmaras, Seções ou Turmas). A exigência do art. 97 da Constituição, segundo o Supremo Tribunal Federal, não se aplica senão para o fim de declarar inconstitucional uma

lei ou ato normativo, e não quando se tem qualquer deles por constitucional (42).

Nos tribunais que dispuserem de órgão especial, nos termos do art.93, XI, da Constituição Federal, os membros serão aqueles que o compõem na forma indicada pela respectiva normativa aplicável (43). Quanto àqueles tribunais, todavia, que não dispuserem de órgão especial, os "membros", no sentido do artigo 97, serão não apenas os "efetivos", mas, inclusive, aqueles que de acordo com a lei "integram o tribunal na decisão de um determinado caso" (44). Segundo Lúcio Bittencourt, o "juiz convocado, enquanto permanecer em exercício no tribunal, é membro deste e o seu voto é em tudo igual ao dos membros efetivos" (45). O Presidente do órgão pleno ou especial também tem voto; ocorrendo empate, ele profere o voto de qualidade.

Não há dúvida que, constituindo, o preceito do art. 97 da Constituição, "condição de eficácia" da decisão, cumpre aplicar ao caso concreto o ato normativo contestado no caso de a decisão do órgão especial ou tribunal pleno não alcançar a maioria absoluta (primeiro número inteiro subsequente à metade). A inconstitucionalidade pronunciada pelo tribunal, sem a satisfação da exigência referida, implicará a aplicação da lei contestada como se fosse ela constitucional.

É preciso salientar que a exigência da maioria absoluta somente atinge as decisões que envolvam a declaração de inconstitucionalidade. Os tribunais brasileiros entendem que as arguições de incompatibilidade de lei ou ato normativo anterior em face da Constituição (ou da Reforma: emenda ou revisão) envolvem uma questão de direito intertemporal (revogação) e não uma questão constitucional (46). Por isso que o reconhecimento

judicial da revogação não demanda o pronunciamento da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição Federal, podendo ser pronunciada mesmo por órgão parcelar da Corte de Justiça (as Câmaras, por exemplo), e nesse caso pelo voto da maioria simples de seus membros (47).

Sustenta parcela da doutrina que a declaração da inconstitucionalidade de lei por qualquer órgão judicial colegiado, ainda que de primeiro grau, exige a satisfação do número reclamado pelo art. 97 da Lei Fundamental da República (48). É o caso das Juntas de Conciliação e Julgamento. Não parece que seja assim, na medida que a exigência constitucional vincula unicamente os tribunais. Parece evidente que com a expressão "tribunais" pretende o Constituinte referir-se, apenas, aos órgãos colegiados do Judiciário (por isso Tribunais de Contas fora) (48a) competentes para o julgamento de recursos (mas não apenas de recursos: competência originária) interpostos contra decisões judiciais de primeiro ou de segundo grau (por isso tribunais de pequenas causas fora). O disposto no art. 97 da Lei Fundamental, não constitui, portanto, condição de eficácia das decisões de inconstitucionalidade pronunciadas pelos órgãos jurisdicionais colegiados de primeiro grau (49).

Pretendem certos autores estabelecer entre nós, na linha da previsão de algumas Constituições latino-americanas (50), a distinção entre a inaplicação de lei ou ato normativo por inconstitucional e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Segundo esse entendimento apenas o tribunal, pelo voto da maioria de seus membros ou do órgão especial, pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Todavia, a inaplicabilidade pode ser pronunciada por qualquer órgão

fracionário do tribunal, não incidindo a exigência constitucional da maioria absoluta sobre ela (51). Essa doutrina logo ficou superada (52). Prevaleceu o entendimento segundo o qual inexiste:

> ...diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator. A diferença é de eficácia, quanto aos efeitos, daquela decisão dos tribunais e daqueloutra pelos juízes singulares ou pelo Supremo Tribunal. A função da Suprema Corte é igual a dos tribunais e juízes, apenas o Supremo dá a última palavra. A declaração de inconstitucionalidade, quer pelo juiz singular, pelos tribunais, ou pelo Supremo Tribunal Federal, tem a mesma natureza e decorre de idêntica fundamentação. As eficácias de cada uma delas são diferentes. Até mesmo no Supremo Tribunal os efeitos são diferentes, conforme a decisão ocorrer incidentalmente, em representação para fins de intervenção, ou em abstrato, ... (53).

1.5. Procedimento

Inexiste normativa específica dispondo sobre o procedimento dos incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau de jurisdição. A questão de inconstitucionalidade, no primeiro grau, portanto, será resolvida como todas as demais questões prejudiciais de mérito (ilegalidade, direito intertemporal, etc.) que emergem no processo para robustecer uma pretensão ou a resistência a uma pretensão deduzida em juízo por alguém.

Nos tribunais, porém, não apenas os respectivos regimentos internos tratam do problema, como inclusive o Código de Processo Civil (arts. 480-482) dispõe sobre ele.

Com efeito, nos termos prescritos pelo Código de Processo Civil, arguida, a qualquer tempo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público "a ser aplicado à decisão da causa" (54), pouco importando se em processo de competência originária ou recursal, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento. Se for acolhida, entretanto, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial. O pronunciamento, pelo voto da maioria simples, da câmara ou turma sobre a arguição de inconstitucionalidade (rejeição ou acolhimento) é irrecorrível (55). Resolvida a questão constitucional pelo tribunal pleno ou pelo órgão especial, o processo volta ao conhecimento da câmara ou turma para decidir o mérito da causa. Por isso que "a decisão do Plenário, que é irrecorrível, vincula o órgão fracionário, no caso concreto, incorporando-se ao 'julgamento do recurso ou da causa, como premissa inafastável'" (56). O procedimento descrito prevalece mesmo que a lei reputada inconstitucional assim já tenha sido declarada, em face de arguição incidental, por reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (57). Em qualquer tribunal, todavia, o pronunciamento da maioria absoluta será desnecessário caso o Supremo tenha decidido a questão em ação direta de inconstitucionalidade (eficácia *erga omnes* da decisão) ou, na hipótese da fiscalização incidental, tenha o Senado determinado a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte.

Também o Superior Tribunal de Justiça pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou

ato normativo do Poder Público. Nos termos do que dispõe o Regimento Interno dessa Corte Superior de Justiça (arts. 199 e 200) a Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher arguição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida. Se a matéria constitucional já foi decidida pela Corte Especial cumpre ao órgão fracionário aplicar ao caso concreto a referida decisão (art. 16), a menos que se proponha a alteração de sua jurisprudência. A arguição, também, pode ocorrer por ocasião do julgamento, perante a Corte Especial, de causa ou recurso de sua competência. Na hipótese, supender-se-á o julgamento a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público no prazo de quinze dias. No primeiro caso, todavia, acolhida a arguição pela seção ou turma, será publicado o acórdão, ouvido, em seguida, o representante do Ministério Público no mesmo prazo de quinze dias. O relator, ainda que não integre a Corte Especial, dela participará no julgamento do incidente, excluindo-se o Ministro mais moderno. Devolvidos os autos e lançado o relatório, serão eles encaminhados ao Presidente para designar a sessão de julgamento, que será instalada com a presença de pelo menos dois terços dos membros da Corte Especial (art. 172, par. único), exigindo-se, todavia, nos termos do art. 97 da Lei Fundamental, manifestação da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade. Nos termos do art. 199, § 3º, do Regimento Interno do STJ, se não for alcançada a maioria absoluta necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*; se não for atingido, ainda assim, será convocado Ministro não integrante da Corte, observada a ordem de antiguidade (58). Decidida a questão constitucional, cópia

do acórdão será remetida à Comissão de Jurisprudência, que, após, registrá-lo, ordenará a sua publicação na Revista do Tribunal. As decisões da Corte Especial, nos termos do art. 199 do Regimento Interno, em questões constitucionais, aplicam-se obrigatoriamente aos casos ainda não julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como se sabe, procurou-se com a criação do recurso especial (art. 105, III, da Constituição), resultado da cisão do antigo recurso extraordinário, fazer do Superior Tribunal de Justiça uma Corte especializada na guarda do direito infraconstitucional federal objetivo (contencioso objetivo da legalidade). Nem por isso, todavia, ficou o Superior Tribunal de Justiça impedido de exercitar jurisdição constitucional, por isso que suas decisões podem, inclusive, desafiar a interposição de recurso extraordinário (art. 102, III, da Constituição) (59).

Há mesmo uma hipótese em que o Constituinte admitiu, expressamente, ao Superior Tribunal de Justiça exercer, ao lado do Supremo Tribunal Federal, jurisdição constitucional, violentando o sistema que pretendeu erigir. Com efeito, demonstra o Ministro Moreira Alves que com a criação do Superior Tribunal de Justiça:

> pretendeu-se atribuir-lhe a uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais, deixando-se para o Supremo Tribunal Federal a missão de guardião máximo da Constituição Federal. Por isso mesmo, para as questões constitucionais decorrentes das decisões judiciais de única ou última instância, há o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, ao passo que, para as questões de natureza legal federal contidas nas decisões dos Tribunais Federais ou Estaduais da Justiça Comum, há o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.

> Com relação, porém, a uma das hipóteses de cabimento do recurso especial - aquela que assim é enunciada : <<julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face de lei federal>> - cometeu-se um equívoco que destrói a harmonia desse sistema. Equívoco, aliás, que já se encontrava no Anteprojeto elaborado pela Comissão dos Notáveis. Partiu-se da premissa errônea de que contestação de lei de governo local em face de lei federal, por se tratar de confronto de lei e lei, estaria situada no terreno legal infraconstitucional, quando, em verdade, questão dessa natureza é sempre constitucional, por decorrer, necessariamente, da possibilidade de invasão, por parte da lei local, da área de competência legislativa reservada à União Federal. Portanto, nesse caso de cabimento de recurso especial, ter-se-á como objeto dele, não uma questão legal infraconstitucional, mas, sim, uma questão exclusivamente constitucional, e questão essa que terá de ser decidida, primeiramente, pelo Superior Tribunal de Justiça, para só então dar margem à interposição, contra o acórdão deste, de recurso extraordinário ... (60).

No Supremo Tribunal Federal, o procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 176, 177 e 178 do respectivo Regimento Interno. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer processo submetido ao Plenário, será ela julgada depois de ouvido o Procurador-Geral da República. Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independentemente de acórdão, depois da manifestação do Ministério Público. Do mesmo modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência. O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa. Não há, portanto, devolução do processo para a Turma, como ocorre nos feitos que tramitam perante os demais tribunais,

onde a competência é cindida, manifestando-se um julgamento sucessivo, por dois órgãos, e uma decisão final que integra dois pronunciamentos (um sobre a questão constitucional de competência do Pleno ou do órgão especial e outro sobre o caso concreto de competência da Turma ou Câmara) (61).

Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da Constituição Federal. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade aplica-se a todos os casos submetidos às Turmas e ao Plenário (art. 101, do Regimento). Todavia, qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional ou da compendiada na "Súmula" (art. 103, do Regimento).

O julgamento da questão constitucional incidentalmente levantada (o mesmo vale, entretanto, para a representação interventiva e para a ação direta genérica de inconstitucionalidade) exige *quorum* de oito ministros (Regimento Interno, art. 143, par. único). Satisfeito o *quorum*, a proclamação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, dependerá da manifestação, num ou noutro sentido, de seis Ministros que compõem a maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal (art. 173, do Regimento Interno). Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes ou a convocação de Ministros do Superior Tribunal de Justiça (antes da CF de 1.988: Tribunal Federal

de Recursos), para a satisfação da exigência do art. 97 da Constituição (art. 173, par. único).

É evidente que o Supremo Tribunal Federal pode, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (federal, estadual ou municipal) em qualquer feito de sua competência (originária, recursal ordinária e recursal extraordinária). Não há dúvida, entretanto, que o recurso extraordinário (art. 102, III, da Lei Fundamental da República) constitui o principal mecanismo, nos casos concretos, de encaminhamento de questões constitucionais à Suprema Corte (62).

1.6. Efeitos da decisão

A declaração incidental da inconstitucionalidade implica a subtração da questão concreta, sujeita à apreciação judicial, da incidência da lei ou ato normativo (63). A consequência da declaração de inconstitucionalidade "é a ineficácia do ato legislativo, em face da recusa dos tribunais em aplicá-lo aos casos que lhe são submetidos" (64). Os tribunais não anulam atos do Congresso, lembrava Rui Barbosa (65). Não obstante estão os tribunais autorizados a reconhecer a nulidade de uma lei em relação a um caso concreto. A lei contrária à Constituição, ensina Buzaid, é írrita e nula e não apenas anulável, porém só para as partes litigantes, se apreciada na espécie ..." (66). Por isso que a decisão do tribunal, uma vez passada em julgado é, em relação ao caso, final, inatacável, definitiva, produzindo, quanto à lei, efeito *ex tunc*, tal como se ela (a lei declarada inconstitucional) "jamais houvesse existido - *is as though it never existed*" (67). No direito brasileiro, portanto,

assim como no americano, a declaração incidental de inconstitucionalidade implica, para o caso, a nulidade do ato, por isso que a decisão judicial fulmina a relação jurídica fundada no ato viciado desde o seu nascimento, continuando, todavia, a lei a vigorar e a produzir efeitos em relação a outras situações, a menos que, do mesmo modo, haja a provocação da tutela judicial pelos interessados (68).

É induvidoso que a decisão judicial de mérito acerca do caso concreto produz coisa julgada, ou seja, no dizer de Liebman (69), essa qualidade particular dos efeitos da sentença que consiste na sua imutabilidade. A declaração incidental de inconstitucionalidade produz "eficácia meramente intraprocessual, sem força de coisa julgada" (70), já porque, nos termos do art. 469, III, do Código de Processo Civil, não faz coisa julgada "a apreciação de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo". A coisa julgada afinal, na sistemática processual brasileira, incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, e não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial, salvante, no alusivo a esta segunda hipótese, se proposta ação declaratória incidental (71) que não se presta para a declaração incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Pretendeu Lúcio Bittencourt que os juízes e tribunais estão obrigados a respeitar as decisões prolatadas pelos tribunais superiores, declaratórias de inconstitucionalidade (72). No mesmo sentido pronunciou-se Castro Nunes (73). Não há dúvida que, em face da regra *stare decisis* (74), nos Estados Unidos os tribunais devem seguir os seus próprios precedentes, assim como aqueles das cortes superiores, especialmente da Suprema Corte. Por isso que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei,

incidenter tantum, pela Suprema Corte americana, ainda que formalmente a lei inconstitucional permaneça em vigor, integrando o corpo legislativo do país, praticamente ela se transforma em uma normativa morta, despida de eficácia jurídica. No Brasil, todavia, a tese da obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, na hipótese da fiscalização incidental, "não vingou por não encontrar apoio no nosso costume constitucional, na falta de texto expresso a respeito. Por outro lado, no direito nacional inexiste a força do precedente como no direito anglo-americano" (75). Certamente, para contornar a inexistência de efeito vinculante (76) nas decisões de inconstitucionalidade pronunciadas, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, o Constituinte de 1.934 (art. 91, IV, da Constituição) atribuiu ao Senado competência para, em suspendendo a execução do ato normativo viciado, dar efeito *erga omnes* à decisão definitiva da Excelsa Corte.

1.7. A suspensão pelo Senado Federal

Nos termos da Constituição de 1.934, declarada a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, cabia ao Procurador-Geral da República comunicar ao Senado Federal para fins do art. 91, IV (suspensão da execução de "lei ou ato, deliberação ou regulamento"). Os Constituintes de 1.934 procuraram construir um sistema de tal forma que "uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração não se cingissem ao caso particular, mas aproveitassem a todos" (77). **Tratava-se de elaborar um mecanismo que prevenisse a reprodução de tantas demandas quantos fossem "os interessados agravados pelo ato inconstitucional"** (78).

Esse dispositivo, mantido pelas demais Constituições, exceto a de 1.937, encontra-se hoje inscrito no art. 52, X, da Constituição de 1.988, segundo o qual compete ao Senado Federal, privativamente, "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". A decisão do Senado, neste caso, é veiculada por meio de resolução, isto porque todas as deliberações envolvendo matérias de competência privativa do Senado (assim como da Câmara de Deputados) são veiculadas por meio de resolução (79).

A competência conferida ao Senado, desde 1.934, não é suficiente, como pretendem alguns autores (80), para caracterizar o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade como um sistema misto (judicial e político). O caráter misto do sistema brasileiro, assim como do português supracitado, decorre da coexistência de um modelo difuso de fiscalização ao lado de outro concentrado. Afirme-se que descabe ao Senado declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo. Compete a ele, sim, como veremos a seguir, não mais do que decidir sobre a suspensão do ato, conferindo eficácia *erga omnes* à declaração (decisão) de inconstitucionalidade pronunciada pela Excelsa Corte.

A competência do Senado em matéria de constitucionalidade suscita algumas questões polêmicas que precisam ser enfrentadas. Cumpre apontá-las: - (i) a quem compete comunicar o Senado a respeito da decisão do Judiciário ? ; (ii) o ato que desafia suspensão é aquele declarado inconstitucional por qualquer órgão do Judiciário ou apenas pelo Supremo Tribunal Federal ? ; (iii) dispõe, o Senado, de competência para suspender a execução de lei, apenas, ou de qualquer ato normativo ? (iv) pode o Senado suspender a execução de ato normativo estadual ou municipal

(ou apenas federal) ? ; (v) há prazo para a manifestação do Senado ? ; (vi) o ato do Senado que determina a suspensão é revogável ou definitivo ? ; (vii) o ato do Senado produz efeitos pretéritos (*ex tunc*) ou apenas futuros (*ex nunc*) ?; (viii) qual a natureza do ato do Senado nesta matéria ?; (ix) a competência do Senado abrange, além das declarações respeitantes ao controle incidental, também as declarações de inconstitucionalidade em tese? ; e, finalmente, (x) trata-se de competência vinculada ou discricionária ?

Nos termos da Constituição de 1.934, cumpria ao Procurador-Geral da República comunicar ao Senado a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal. Sem a comunicação do Procurador-Geral da República não podia, segundo a doutrina, o Senado exercer essa atribuição (81). Atualmente a Constituição silencia a respeito. Por isso que, hoje, em princípio, tomando conhecimento da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal de *moto proprio* pode o Senado desencadear o procedimento adequado para suspendê-lo. Aliás, o Regimento Interno do Senado (arts. 386 e 388) disciplina que a comunicação da inconstitucionalidade declarada pode provir do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República ou de projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição e Justiça. O mais comum é que a comunicação seja proveniente do Supremo Tribunal Federal, até porque o seu Regimento Interno define que a Corte comunicará ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X, da Constituição (suspensão), após passada em julgado a decisão, sempre que for declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de ato normativo (art. 178 do RISTF).

Durante algum tempo houve dúvida a respeito da competência do Senado, se abrangente também das

declarações de inconstitucionalidade em tese, ou se pertinente apenas às declarações de inconstitucionalidade *in casu* (82). Em abril de 1.977 (83), o Supremo Tribunal Federal adotou posição (84) segundo a qual (i) proferida a declaração de inconstitucionalidade em ação direta comunicar-se-á a autoridade responsável, dispensada a comunicação ao Senado , mas (ii) se proferido o acórdão em via de exceção, far-se-á comunicação às autoridades interessadas logo após a decisão e ao Senado após passada em julgado a decisão. Esse tratamento encontra-se, hoje, sedimentado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 178).

A Constituição de 1.934 dispunha que cabia ao Senado suspender a execução de **lei, ato, deliberação ou regulamento** declarado inconstitucional pelo **Poder Judiciário.** Como todos os juízes e tribunais poderiam exercitar a fiscalização incidental da constitucionalidade, cabia indagar se a competência do Senado incidia, também, sobre as decisões de outros tribunais (ou juízes) que não o Supremo. Entendeu-se, todavia, harmonizando-se o disposto nos arts. 91, IV, e 96, referidos, que decisão proferida por qualquer juiz ou tribunal não poderia suscitar a atuação do Senado sem a preliminar manifestação da Suprema Corte (85). A Constituição atual não oferece margem para dúvida na medida em que o art. 52, X, refere-se expressamente à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1.934, em relação à suspensão pelo Senado, referia-se à **"qualquer lei, ou ato, deliberação ou regulamento".** A Constituição de 1.946 referia-se à **"lei ou decreto"**, assim como a de 1.967, inclusive com a Emenda nº 01 de 1.969. A Constituição de 1.988 (art. 52, X) refere-se à **"lei"** declarada

inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Cumpre verificar se cabe ao Senado suspender a execução de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou apenas da lei em sentido formal.

Vigente a Constituição de 1.967, Pontes de Miranda teve ocasião de dizer que incumbe ao Senado suspender a execução de qualquer regra jurídica inconstitucional, sejam leis, regulamentos, atos ou deliberações, "portanto, todos os atos legislativos e executivos, ou até de deliberação do Poder Judiciário em matéria regimental" (86). Não era essa a posição de Afonso Arinos que preferia um interpretação restritiva do dispositivo, apanhando apenas lei ou decreto e jamais outros atos normativos (87). O Supremo Tribunal Federal, todavia, "ampliou o sentido da locução constitucional **lei ou decreto** para nela também incluir quaisquer outros atos normativos" (88). Por isso que a função do Senado não se restringia, no contexto da Constituição revogada, "à lei ou decreto, tal como prescrito no texto constitucional, contemplando as várias modalidades normativas, de diferentes denominações, 'que de decretos fazem as vezes'" (89). Foi essa, igualmente, a posição assumida pelo Senado, especialmente após a manifestação do Sen. Accioly Filho, em Parecer oferecido à Comissão de Constituição e Justiça dessa Casa Legislativa (90).

A Constituição de 1.988 refere-se apenas à lei. A interpretação que prevaleceu durante a vigência das Constituições de 1.946, 1.967 e de 1.969 (Emenda nº 01/69) continua válida ? Ora, como todos sabem, o significante "lei" não guarda sentido unívoco. Quando nos referimos à "lei" queremos indicar uma determinada regra que descreve a regularidade de certos fenômenos físicos ou biológicos ou,

então, no contexto do mundo da cultura, que impõe um determinado padrão de conduta. Ou seja, trata-se de expressão que designa um modelo de agir necessário. Essa idéia, professada pelo senso comum, parece ser autorizada quando se verifica a origem do termo. Lei, em português, "provém de *Lex* que, por sua vez, encontra-se vinculada aos verbos *legere* (ler), *elegere* (escolher), *ligare* (ligar ou obrigar) ou *legare* (dar um mandato)" (91). O senso comum, seja lembrado, identifica os termos lei com os significantes regra ou norma. No plano cultural, então, a lei será a regra ou a norma socialmente imposta e que merece observância.

Podemos falar em lei moral ou ética, em lei física ou natural. O que importa, no presente estudo, é apenas a lei jurídica. Mesmo aqui, não há identidade de sentido. A expressão pode ser utilizada com vários significados distintos. Ora se usa o termo para designar uma norma jurídica qualquer, não importa por meio de qual instrumento veiculada; ora se usa para designar apenas as normas jurídicas revestidas de alguns atributos, como a justiça ou a generalidade; ora se usa para designar somente as normas jurídicas votadas pelo Parlamento; ora se usa com o sentido de ordem jurídica. Mesmo os documentos jurídicos não trazem precisão neste campo. Veja-se, por exemplo, a Constituição Brasileira. A expressão é utilizada no art. 5º, *caput*, como sinônima de ordem jurídica ("**Todos são iguais perante a lei** (...)"); no art. 5º, XXXIX, é utilizada com sentido de ato legislativo votado pelo Parlamento - neste caso, com o sentido de lei ordinária - ("**Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal**"); no art. 5º, XXXV ("**a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**"), é utilizada com o sentido de qualquer norma

jurídica, inclusive constitucional se decorrente de Emenda, em face da vedação prevista no art. 60, § 4º, IV; e, finalmente, no art. 173, § 3º, é utilizada com o sentido de qualquer ato legislativo (**"A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade"**). Como se vê, a questão não é fácil (92).

Parece que o Constituinte de 1.988 não pretendeu mudar a sistemática que vinha desde 1.934, por isso que do fato de o art. 52, X, referir-se unicamente à "lei" não se pode concluir que o Senado esteja autorizado apenas a suspender a execução das leis em sentido formal (atos legislativos). A expressão "lei" configurada no art. 52, X, da Constituição tem o sentido de ato normativo de qualquer categoria (lei formal e em sentido material) declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A competência do Senado Federal não se restringe aos atos normativos federais (93). Com efeito, cabe ao Senado, como órgão da Federação, suspender a execução, igualmente, dos atos normativos (leis, decretos, etc.) estaduais e municipais (94).

Não há prazo para a deliberação do Senado Federal. Por isso que, não especificando, a Constituição, prazo para a sua deliberação e, ademais, inexistindo sanção contra a sua omissão, não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio (95). Tendo decidido, porém, não pode o Senado Federal rever a resolução suspensiva. Esse, aliás, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (96). Daí porque José Celso de Mello Filho afirmar que "o Senado exaure a sua competência constitucional no momento em que promulga e edita a resolução suspensiva. Não pode, ao depois, a

pretexto de melhor interpretar a decisão judicial proferida pelo STF, modificar-lhe o sentido ou restringir-lhe os efeitos" (97). A resolução suspensiva, portanto, é irrevogável (98).

O Senado pode suspender a execução, no todo ou em parte, do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Sustenta Pontes de Miranda que "suspende ele a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo, que o foi; e nunca o todo porque uma parte o foi" (99). Todavia, não está o Senado impedido de suspender a execução de parte apenas de uma lei declarada, por inteiro, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, como lembra Michel Temer, "as expressões **no todo** ou **em parte** são utilizadas em outros dispositivos constitucionais. Por exemplo, no art. 66, § 1º: tratando da possibilidade de veto, por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, concede ao Presidente da República a possibilidade do veto total ou parcial. Significa, no caso desse preceito, que a Constituição deixa à discrição do Chefe do Poder Executivo a dimensão do veto. Assemelha-se à competência conferida ao Senado Federal no art. 52, "X" (100).

O Senado Federal dispõe, no caso da suspensão da execução, de uma competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir. A competência do Senado "consiste em atividade discricionária" (101) de natureza política. Cuida-se de resolução suspensiva, de "ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto" (102). Ao Senado "cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico" (103). Não

está ele obrigado a editar a resolução suspensiva. Tem-se hoje como certo, estando portanto praticamente superada a polêmica que foi travada pela doutrina a respeito da questão, que "o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (104). Não é outra, aliás, a posição do Supremo Tribunal Federal (105).

Por fim, cumpre verificar os efeitos produzidos pela resolução suspensiva do Senado. A questão é polêmica. Themístocles Cavalcanti (106), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (107), José Afonso da Silva (108), Nagib Slaibi Filho (109), Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari (110) entendem que a decisão do Senado produzirá efeitos unicamente a partir de sua edição, não apanhando, portanto, as situações jurídicas definidas sob a égide da lei anteriormente à sua manifestação (111). **Não parece que seja assim.** Segundo Gilmar Ferreira Mendes, parecia "evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1.934, 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 derrogatório do diploma viciado.** E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional" (112). No mesmo sentido manifestam-se Paulo Napoleão Nogueira da Silva (113) e Marcello Caetano (114). **O Senado Federal participa desse entendimento**, tanto que aprovou Parecer, tendo figurado como relator o então Senador Accioly Filho, onde definiu que "há distância a separar o conceito de

revogação daquele da suspensão da 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" (115). O parecer fixou, ainda, que "a suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ..., 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" (116). Gilmar Ferreira Mendes sustenta o seu entendimento com base nos trabalhos da Constituinte de 1.934, com base na posição adotada pelo Senado Federal e, finalmente com fundamento na posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal (117). Com efeito, o Supremo já teve ocasião de estabelecer, lembra o autor referido (118), que "a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional" (119). Os argumentos levantados pelo referido jurista são mais do que suficientes para demonstrar o acerto de sua tese (120).

Num momento (1.934) em que se temia o "governo dos juízes" (121); em que se procurava manter a fiscalização incidental; em que se buscava as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*); em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1.934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Cumpre, hoje, todavia questionar a permanência da fórmula na Constituição de 1.988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota hoje não apenas a fiscalização incidental, mas

também a "em tese" decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Parece que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais (122), retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia o país substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, automaticamente ou em virtude do desencadear de certo procedimento, à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (123).

2. A AÇÃO DIRETA INTERVENTIVA

2.1. Primeiros apontamentos

O direito brasileiro até 1.934 admitia, unicamente, a fiscalização da constitucionalidade realizada *incidenter tantum*. Neste caso, como já referido, quando o ato legislativo ou executivo lesiona ou ameaça "o direito de qualquer pessoa (física ou jurídica, privada ou de direito público), recorre-se ao Poder Judiciário, que apreciará a questão da inconstitucionalidade como fundamento da ação ou da exceção, nunca como objeto principal do processo" (124). A Constituição de 1.934 instituí uma ação direta que, conquanto não inaugure um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade (julgamento da ação constitui pressuposto da decretação da intervenção federal), não se reconduz à configuração da fiscalização incidental. Cuida-se de procedimento que fica a meio caminho entre a fiscalização da lei *in thesi* e

aquela realizada *in casu*. Trata-se, pois, de um modelo de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta.

Nos termos da Constituição de 1.934, competia ao Congresso Nacional decretar intervenção federal nos Estados quando estes deixassem de observar os princípios constitucionais enumerados no art. 7º, os chamados princípios constitucionais sensíveis. A ação direta interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, prestava-se para submeter à apreciação da Colenda Corte, não o ato estadual apontado como violador de princípio constitucional sensível, mas, sim, a lei federal de intervenção, cuja constitucionalidade deveria ser apreciada (125). Reconhecida judicialmente a constitucionalidade da lei federal, podia a intervenção ser ultimada. É evidente que a decisão a respeito da legitimidade do ato do Congresso implicava, também, a apreciação da constitucionalidade do ato estadual apontado como viciado. Na hipótese de violação dos princípios constitucionais sensíveis, a ação direta interventiva prestava-se, então, apenas para autorizar a execução da intervenção decretada por lei federal (art. 12, § 2º, da CF/34).

A Constituição de 1.946 emprestou à ação a configuração que ela mantém, salvo pequenas alterações, até hoje. Prescrevia o art. 8º, par. único, da referida Constituição:

> A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs. VI e VII do artigo anterior.
>
> Parágrafo único. No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

No inciso VII, o art. 7º, da Constituição de 1.946 elencava os princípios constitucionais sensíveis, cuja inobservância poderia ensejar a propositura da ação direta interventiva (forma republicana representativa; independência e harmonia dos poderes; temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição de reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas da administração; garantias do Poder Judiciário) (126).

Vigente a Constituição de 1.891, inclusive após a Emenda Constitucional de 1.926 que os explicitou, a tutela dos princípios de observância obrigatória pelos Estados-membros cabia ao "Governo Federal" (art. 6º, da CF/1891). Com a Constituição de 1.934 a tutela cabia ao Congresso Nacional, a quem incumbia, no caso de ofensa, decretar intervenção federal, por meio de lei sujeita, em face de provocação do Procurador-Geral, à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Entendeu o Constituinte de 1.946, assim como o de 1.934, de "associar o Poder Judiciário na apreciação da ofensa aos princípios constitucionais" (127), todavia, agora, "fazendo preceder a intervenção, de um julgamento sobre a inconstitucionalidade" (128) do ato estadual.

A ação direta interventiva suscitou, num primeiro momento, intensa disputa doutrinária (129). As questões levantadas pela doutrina, contudo, foram em parte resolvidas com a edição da Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1.954, e da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1.964.

Mantida pelas Constituições de 1.967, inclusive com a Emenda nº 01/69, encontra-se a ação direta interventiva, hoje, prevista no art. 36, III, da

Constituição Federal de 1.988. Dispõe, com efeito, a Lei Fundamental da República, que a decretação da intervenção dependerá, na hipótese do art. 34, VII (princípios constitucionais sensíveis), de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República. Neste caso, o decreto do Presidente da República, "dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional, limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade" (art. 36, § 3º, da CF). São os seguintes os princípios constitucionais cuja inobservância enseja a propositura da ação direta interventiva (art. 34, VII): - "a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal e d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta".

2.2. Natureza

Em que pese a Constituição designá-la por "representação" (não foi assim com as Constituições de 1.934 e de 1946 que nenhuma denominação deram ao instituto) e a doutrina tratá-la por "representação interventiva", na verdade de representação não se trata. Consubstancia, a "direta interventiva", antes, verdadeira ação. Pontes de Miranda qualificou o poder do Procurador-Geral da República como "representação" (130). Assim entendia Themístocles Brandão Cavalcanti (131). Está com a razão, todavia, Alfredo Buzaid quando sustenta que "o poder de submeter ao julgamento do Supremo Tribunal Federal o ato arguido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação" (132). Continua o autor definindo que "toda ação pressupõe necessariamente três elementos

subjetivos: autor, réu e juiz. O exercício da ação abre a via ao direito de defesa, pois, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido *audiatur et altera pars*. Não há processo validamente constituído, sem que a outra parte seja citada a fim de defender-se". Ora, os três elementos subjetivos são encontrados na ação direta interventiva, por isso que ela se presta para a solução de um conflito, de um litígio, de um caso concreto. "A função do Supremo Tribunal Federal não é responder a uma consulta; é decidir um caso concreto" (133), embora neste caso, por meio de ação direta.

2.3. Objeto

A ação direta interventiva não desencadeia, portanto, um "processo objetivo". Os processos de natureza objetiva, tais como aqueles próprios da fiscalização abstrata de normas, "não conhecem partes e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico" (134). Na fiscalização da lei em tese provocada por meio de ação direta genérica, "um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexiste requerido" (135), os eventuais solicitantes atuam no interesse genérico de preservação da ordem jurídica, especialmente da constitucional, "e não na defesa de um interesse próprio" (136). Tudo se passa de maneira diferente na ação direta interventiva.

O objeto do processo não é a declaração da inconstitucionalidade em tese de um ato estadual (137), mas sim a solução de um conflito entre a União e o Estado-membro que pode desembocar numa intervenção. Gilmar Ferreira Mendes, de modo preciso, sustenta que "não se tem aqui, pois, um processo objetivo (*objektives Verfahren*), mas a judicialização de conflito federativo atinente à

observância de deveres jurídicos especiais, impostos pelo ordenamento federal ao Estado-Membro" (138). Ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, no caso, "se cogitava de exercício do direito de ação, cuja autora seria a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o réu, o Estado federado, a que se atribuía haver violado princípio constitucional da União, e que devia ser citado na pessoa do seu representante legal, para deduzir a sua defesa, ante o Supremo Tribunal Federal" (139).

Inocorre, na ação direta interventiva, declaração incidental de inconstitucionalidade (140) ou declaração de inconstitucionalidade como objeto principal (declaração em tese). A declaração de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade) constitui apenas mecanismo de solução de uma controvérsia envolvendo a União e o Estado-membro. A decisão final não nulifica a lei, como na fiscalização abstrata, nem autoriza o arguente a subtrair-se da esfera de incidência do ato normativo viciado (nulidade aplicada ao caso), como na fiscalização incidental. Na ação interventiva cabe ao Supremo Tribunal Federal não mais do que resolver o conflito federativo julgando-a (a ação referida) procedente ou improcedente, ou como prefere a Constituição, dando provimento ou negando provimento à representação (141). Procedente a ação direta (provida a representação, para usar a linguagem do Constituinte), nem por isso estará nulificado o ato estadual. Daí porque a consequência da decisão é, não a nulidade do ato inquinado, mas sim a decretação da intervenção federal no Estado.

2.4. Partes

São partes na ação direta interventiva a União, representada pelo Procurador-Geral da República, e o Estado-membro ou o Distrito-Federal. Quando instituída, a ação direta interventiva (Constituições de 1.934 e de 1.946), o Procurador-Geral da República desempenhava, a um tempo, as atribuições referentes à chefia da representação judicial e extrajudicial da União, bem como a chefia do Ministério Público da União. Apenas com a Constituição de 1.988 foi criada a Advocacia-Geral da União, de tal modo que até recentemente (art. 29 do ADCT), cumpria à Procuradoria da República acumular as atribuições relativas ao Ministério Público e à representação da União O Procurador-Geral da República, portanto, não atua como substituto processual, como quer Alfredo Buzaid (142). Atua, sim, representando os interesses da União. O constituinte de 1.988 parece não ter compreendido isso, daí porque, mais uma vez, deixou nas mãos do Procurador-Geral da República o poder de provocar a tutela da jurisdição constitucional por meio da referida ação. Copiou, na verdade, os dispositivos das Constituições anteriores sem atinar para o fato de que agora a União conta com um Advogado-Geral. Permanece o Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público da União (143), exercitando tarefa exterior às funções institucionais do *parquet*. Por isso que a Constituição é contraditória quando, primeiro, veda aos membros do Ministério Público o exercício da representação judicial de entidades públicas (art. 129, IX, da CF) para, depois, dar ao Procurador-Geral da República a titularidade da ação direta interventiva (art. 36 da CF).

É preciso dizer, todavia, que a descaracterização da ação direta interventiva não começou com a Constituição de 1.988, senão antes, com a Constituição de 1.969 quando, prevista a representação interventiva no plano estadual (art. 15, da CF/69),

atribuiu-se a titularidade da ação ao Chefe do Ministério Público local. Ou seja, a confusão, quanto à titularidade da ação, iniciou-se em 1.969 e completou-se em 1.988.

2.5. Procedimento

O procedimento foi regulado, primeiro, pela Lei nº 2.271/54 e, depois, pela Lei nº 4.337/64. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal também regula o procedimento (arts. 350, IV e 175, par. único).

Nos termos da lei nº 4.337/64, cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios constitucionais sensíveis, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal. É evidente que, neste caso, o Procurador-Geral não se transforma em mero veiculador de qualquer representação, porque se assim fosse estaria, de modo indireto, criada espécie de "ação popular constitucional". Cabe ao Procurador-Geral, no caso de ser representado, conferir o interesse do representante e bem assim verificar sobre a inconstitucionalidade do ato denunciado. Se não se convencer do vício apontado certamente o titular da ação não estará obrigado a propô-la perante o Supremo Tribunal Federal (144).

Proposta a ação interventiva, o relator que for designado ouvirá, em 30 (trinta) dias, os órgãos que

hajam elaborado ou praticado o ato arguido e, findo esse termo, terá prazo igual para apresentar relatório, do qual se remeterá cópia a todos os Ministros. Na sessão de julgamento (Pleno), realizada em data previamente designada pelo Presidente, poderão usar da palavra o Procurador-Geral da República, sustentando a arguição e o procurador dos órgãos estaduais interessados, defendendo a constitucionalidade do ato impugnado. Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado que seja o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Presidente da República que deverá baixar decreto sustando a execução do ato. Não bastando a medida, será decretada, pelo Presidente da República, nos termos da Constituição Federal, intervenção federal para o restabelecimento da normalidade no Estado ou Distrito Federal.

2.6. Liminar e Recurso

A Lei nº 2.271/54 mandava aplicar à ação direta interventiva o procedimento do mandado de segurança. A Lei apontada foi revogada pela nº 4.337/64 que instituiu procedimento específico. Vigente a primeira normativa, foram concedidas, com base no rito do mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), inúmeras vezes, liminares em representações interventivas (145). Parece paradoxal que um procedimento que se presta apenas para, em solucionando um conflito entre unidades componentes da Federação, autorizar se necessário a decretação de intervenção pela União, possa admitir liminar (146). Qual a finalidade da liminar nesse caso? Suspender a execução do ato arguido? Ora, isto está fora da alçada do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta interventiva, já que cabe, unicamente, ao Presidente

da República suspendê-lo, se essa medida for suficiente. Prestar-se-ia a liminar, então, para antecipar os efeitos da decisão final? Mas a decisão final não produz outro efeito senão aquele de autorizar (ação procedente) ou desautorizar (ação improcedente) a intervenção! A menos que a liminar seja concedida para o fim de, antecipando os efeitos da decisão final, autorizar a decretação, pelo Presidente, da suspensão do ato viciado ou da intervenção federal, o que não parece razoável.

A lei nº 4337/64 não admite, expressamente, a concessão de liminar na ação interventiva. Certamente o legislador percebeu as dificuldades que cercariam referida concessão, e por isso optou por outro caminho. A Lei em questão, "abolindo a estranha assemelhação do processo de arguição de inconstitucionalidade ao mandado de segurança também afastou o problema da liminar" (147). Nas situações de urgência, "pode o relator pedir dispensa da audiência escrita dos interessados e solicitar o julgamento imediato, medida mais acertada, sem dúvida, do que a liminar" (148).

Incompreensivelmente a Lei nº. 5.778, de 16 de maio de 1.972, que determina a aplicação da Lei nº 4.337/64 à ação interventiva estadual, requerida pelo Procurador-Geral de Justiça local em face de inobservância pelo Município de princípio constitucional sensível elencado na Constituição Estadual, admitiu, expressamente, a suspensão liminar, pelo relator do feito, do ato impugnado (art. 2º). Por outro lado, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal parece também admitir a concessão de medida liminar em tais casos. Cumpre reafirmar: a ação direta interventiva não se compatibiliza com a medida liminar. Ora, a sustação liminar do ato impugnado é suficiente para transformar a ação direta interventiva, modelo de fiscalização concreta da

constitucionalidade, em mecanismo de provocação da fiscalização abstrata da constitucionalidade, embora voltado unicamente para a proteção dos princípios constitucionais sensíveis.

Contra as decisões proferidas em ação direta interventiva cabe a interposição de embargos infringentes (art. 6º, da Lei nº 4.337/64 e art. 333 do RISTF).

2.7. O "ato" que suscita a representação interventiva

O art. 36, § 3º, fala em suspensão da execução do "ato impugnado". Todavia, o art. 34, VII, limita-se a prescrever que a União não intervirá exceto para "assegurar a observância" dos princípios constitucionais sensíveis. E que, neste caso, a intervenção deve ser precedida de ação direta interventiva julgada procedente (art. 35, IV). Cumpre verificar, então, se o ato que enseja a propositura da ação interventiva deve possuir necessariamante natureza normativa ou não.

Entendeu o Ministro Castro Nunes que o ato arguido de inconstitucionalidade restringe-se àquele de natureza legislativa. Para ele "o legislador constituinte usou da palavra ato na sua acepção mais ampla e compreensiva, para abranger no plano legislativo as normas de qualquer hierarquia que comprometam algum dos princípios enumerados. Toda Constituição é ato, o ato constituinte da Nação ou do Estado, manifestação da vontade do povo por via dos seus representantes" (149).

Temístocles Brandão Cavalcanti dá ao significante "ato" um sentido ainda maior. Disse o jurista:

> este ato, ..., não está definido, deve compreender todas as manifestações da atividade dos órgãos do Estado que produzam efeitos jurídicos mas que venham a contrariar os preceitos expressos na Constituição ... (150).

Nesse mesmo sentido se pronuncia Pontes de Miranda, por isso que a ação interventiva pode ser proposta contra "atos dos poderes públicos locais, qualquer que seja o poder de que emane" (151). Todavia, completa o autor, o "ato que se examina, não é judicial" (152).

Na vigência da Constituição de 1.946, pretendeu Pontes de Miranda que a violação dos princípios constitucionais podiam decorrer não apenas da Constituição Estadual e dos atos normativos locais, como igualmente de atos concretos praticados pelo Poder Público Estadual (153). Themístocles Cavalcanti parece concordar com essa orientação (154). Não é essa, porém, a posição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (155) e de Gilmar Ferreira Mendes (156). Para estes, os atos concretos praticados pelo Estado-Membro ou pelo Distrito Federal podem ensejar intervenção, todavia, decretada com fundamento no art. 34, VI ("prover a execução de lei federal ..."), da Constituição e dependente de provimento, agora, pelo Superior Tribunal de Justiça (e não pelo STF), de ação direta interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República em face da recusa à execução de lei federal (art. 36,IV, da CF).

A representação prevista no art. 36, IV, da Constituição, não alcança todos os atos concretos do Estado-membro ensejadores de intervenção. Embora seja difícil, não se afigura impossível a prática de ato concreto estadual violador de princípio constitucional sensível e não consubstanciador de recusa à execução de lei federal. Basta que sobre a matéria disponha o Estado de

competência legislativa, observados os princípios da Constituição Federal, dela não dispondo a União. Neste caso cabe ao Procurador-Geral da República ajuizar ação interventiva com fundamento no art. 36, III, e não no artigo 36, IV, da Constituição Federal. Por outro lado, parece admissível a propositura de ação direta interventiva na hipótese de omissão legislativa estadual. Imagine-se o caso de uma Constituição Estadual que não preveja mecanismo algum para satisfazer o princípio constitucional sensível inscrito no art. 34, VII, d), da Constituição (**"prestação de contas da administração pública, direta e indireta"**). Ora, "neste caso, a lesão decorrerá não do ato normativo propriamente dito, mas da omissão do constituinte estadual, que deixou de atender às exigências expressas da Constituição Federal" (157). Como se vê, a ação direta interventiva não se presta somente para contestar ato normativo estadual violador de princípio constitucional sensível cuja guarda cabe à União.

2.8. A solução do conflito federativo e a execução do julgado

Decidida a questão pelo Supremo Tribunal Federal com a improcedência da ação direta, não haverá lugar para a decretação da intervenção. Julgada procedente, entretanto, a ação interventiva, deverá o Presidente da República decretar intervenção federal no Estado ou no Distrito Federal para restabelecer a normalidade. A decisão do Supremo Tribunal Federal nenhum efeito produz (não nulifica o ato impugnado), salvo o de autorizar a intervenção. Como lembra Pontes de Miranda, nas ações de representação interventiva, "a finalidade é a intervenção federal e essa somente pode ocorrer com o decreto do

Presidente da República" (158). Antes, porém, cumprirá a esta autoridade suspender o ato impugnado (tratando-se, evidentemente de ato; pode tratar-se de omissão legislativa), na forma do art. 36, § 3º da C.F. Se esta medida for suficiente para o restabelecimento da integridade do pacto federativo, não haverá razão para intervenção. Caso contrário, ela deverá ser decretada. A intervenção igualmente não terá lugar se a Coletividade Federada providenciar a satisfação do princípio sensível violado pela revogação do ato viciado ou pelo suprimento da omissão violadora.

2.9. Considerações finais

A ação direta interventiva constituiu a via através da qual nosso país foi, paulatinamente, alcançando o território da fiscalização abstrata da constitucionalidade. É preciso ver que o tratamento legislativo que foi oferecido à ação interventiva, o modo como o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disciplina a *actio*, o modo como a doutrina a encara, tudo contribuiu para dar a ela um tratamento quase similar àquele oferecido ao processo objetivo de fiscalização da constitucionalidade. O próprio fato do Constituinte de 1.969, o que se mantém até agora, ter oferecido a titularidade da ação, no plano estadual, ao Chefe do Ministério Público local (e não ao Procurador-Geral do Estado, o que seria natural) e o Constituinte de 1.988 ter mantido a titularidade da ação, no plano federal, com o Procurador-Geral da República, agora apenas Chefe do Ministério Público e não mais representante judicial da União, tudo parece contribuir para, em aproximando a ação direta interventiva da ação direta genérica desencadeadora

da fiscalização abstrata da constitucionalidade, destruí-la.

Aliás, é preciso afirmar que esse mecanismo processual encontra-se, hoje, quase esquecido. A ação direta de inconstitucionalidade, instituída pela Emenda nº 16/65, praticamente deixou a representação interventiva sem utilidade. Afinal, por que o Procurador-Geral da República iria propor ação direta interventiva, no caso de violação de princípio constitucional sensível, cuja decisão judicial não faz mais do que autorizar a decretação de intervenção, se pode, desde logo, ajuizar ação direta genérica cuja decisão, após passada em julgado, nulifica, com eficácia *erga omnes*, o ato impugnado, prescindindo de qualquer atividade do Presidente da República ou do Senado? Pois como todos sabem, o Constituinte não atribuiu à ação direta interventiva o monopólio da proteção dos princípios constitucionais sensíveis. Também a ação direta genérica de inconstitucionalidade presta-se, e com vantagem, para promover a defesa dos referidos princípios constitucionais.

A ação direta interventiva ainda não foi totalmente absorvida pela ação direta genérica porquanto, como demonstrado, pode cobrir atos não impugnáveis por meio desta. Com efeito, a ação direta genérica presta-se exclusivamente para impugnar atos normativos, enquanto a interventiva, como procurou-se demonstrar, pode impugnar atos concretos e, mesmo, omissões desde que violadores dos princípios sensíveis.

O instituto, entretanto, pode ser revigorado na medida em que a (i) doutrina evidenciar a sua verdadeira natureza (não se trata de "processo objetivo") e finalidade ("composição de conflito federativo") e o (ii) Constituinte devolver aos Chefes dos órgãos encarregados da representação judicial da União (Advogado-Geral) e das

Coletividades Federadas (Procuradores-Gerais dos Estados ou do Distrito Federal) a titularidade da ação.

NOTAS

(1) - Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 3ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1.992, p.39.

(2) - Cerqueira, Marcello. **A Constituição na história. Origem e reforma.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1.993, p. 268. Também: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, **História constitucional do Brasil.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1.991, p.50. Ainda: Manoel Maurício de Albuquerque. **Pequena história da formação social brasileira.** Rio de Janeiro: Edições Graal Ltda., 1981, p. 340. Finalmente: Waldemar Martins Ferreira. **História do direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 49.

(3) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. **A teoria das constituições rígidas.** 2ª Ed. São Paulo: José Buschatsky Editor, 1.980, p. 155.

(4) - Segundo C.A. Lúcio Bittencourt (**O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** 2ª Edição. Atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1.968, p. 27) "No regime da Carta Constitucional de 1824 não se reconheceu ao Poder Judicial a faculdade de recusar aplicação aos atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade. É certo que, por esse e outros motivos, Levi Carneiro faz severa crítica ao Supremo Tribunal de Justiça, considerando que este, 'desapercebido de sua própria missão mais alta, esquecido da repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária', 'não exercitou, com largueza, as suas prerrogativas, atrofiou-se, deixou que os outros poderes constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o'. Certamente, o ilustre jurisconsulto brasileiro, na sua impiedosa invectiva contra o Tribunal do Império, desejava que este procedesse como o seu similar americano, correndo embora o risco de ser acusado de 'usurpação'. A situação, porém, do nosso Tribunal era muitíssima diversa da que se verificou nos Estados Unidos da América, porque o Estatuto de 1824 não dava qualquer margem a tentativas de expansionismo. Em primeiro lugar, a defesa dos princípios constitucionais não fora confiada ao Poder Judicial, mas, precisamente, ao Poder Legislativo, ao qual incumbia não só 'interpretar' as leis que elaborasse - 'fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las (art. 15, nº 8) - mas, ainda, 'velar na guarda da Constituição (art. 15, nº 9)".

(5) - Franco, Afonso Arinos de Melo. **Algumas instituições no Brasil e nos Estados Unidos. Um estudo de direito constitucional comparado.** Rio de Janeiro: Forense, 1.975.

(6) - Bittencourt, C A. Lúcio. op. cit., p.28.

(7) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. **A teoria das Constituições rígidas.** op. cit., p. 157. Lembra Arthur de Castilho Neto (**Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.** Revista da Procuradoria Geral da República, 1993, 02:11) que "No Brasil, quem primeiramente defendeu o direito dos tribunais de examinar a constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo foi Rui Barbosa, na questão relativa à reforma compulsória do Marechal José de Almeida Barreto, ocorrida através de decreto de 7.4.1892. Sustentava Rui (**Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal** *in*: **Obras Completas de Rui Barbosa**, V. XX, 1893 - com o acórdão da Colenda Corte e a sentença de 1ª instância) que, quando se desse a inconstitucionalidade desses atos, cabia ao Poder Judiciário negar execução aos atos viciados, mantendo contra eles o direito do prejudicado. Invocando a decisão da Suprema Corte americana, em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, cabia ao STJ, como a qualquer juiz de 1ª instância, a declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo. A única exceção reconhecida à autoridade da Justiça era a matéria política, descabendo aos Tribunais "investigar de que modo o Executivo (e seus funcionários) se desempenha de encargos cometidos à sua discrição". Em sentença de 20.2.1895, encontrando-se Rui Barbosa em seu exílio, na Inglaterra, o juiz Henrique Vaz Pinto Coelho reconheceu o direito de Almeida Barreto e afirmou ser "manifesta a competência do Poder Judiciário para dizer em espécie das ofensas do poder político contra os direitos individuais, com preterição das leis e da Constituição". O STF (Ap. Cível 112) confirmou a decisão de 1ª instância, sendo relator o Min. José Higino".

(8) - Idem.

(9) - Corrêa, Oscar Dias. **O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1.987, p.09.

(10) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos.** Rio de Janeiro: Saraiva, 1.990, p. 176.

(11) - Cumpre recordar que Karl Loewenstein (**Teoría de la Constitución.** Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986, p.

218) chama de "semântica" a Constituição que em "su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en benefício exclusivo de los detentores del poder fáctico ...".

(12) - Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (op.cit., p. 176) Francisco Campos, Genésio de Almeida Moura e Cândido Mota Filho produziram a defesa da medida.

(13) - Anhaia Mello, José Luiz. **Da separação de poderes à guarda da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 190.

(14) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1.990, p. 180.

(15) - Poletti, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1.985, p. 96.

(16) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 188.

(17) - Silva, José Afonso. **Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina.** São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1978, (13/15):123.

(18) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1.986, p. 58.

(19) - Jaffin, George H. **Evolução do controle jurisdicional da Constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 86:282, abr./jun. 1941. Sobre o tema conferir também: Alfredo Buzaid. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1.958, p.22.

(20) - Bittencourt, C.A. Lúcio. op. cit. , pp. 22-3.

(21) - Jaffin, George H. op. cit., p. 292.

(22) - Idem, p. 284.

(23) - Segundo George H. Jaffin (op.cit., p. 290), nessa oportunidade a Corte declarou: "A Constituição não exige que o caso ou controvérsia se apresente dentro das formas tradicionais de procedimento, invocando somente os remédios tradicionais. A cláusula judiciária da Constituição definiu e lindou o Poder Judiciário, mas não o método particular por que poderia ser chamado a intervir. Não cristalizou em

formas imutáveis o procedimento de 1789 como o único meio possível de apresentar um caso ou controvérsia, juridicamente examinável de outro modo pelas Cortes federais ... Aos Estados é permitido regular o seu procedimento judiciário próprio. Daí, não serem bastantes modificações meramente na forma ou método de procedimento por que os direitos federais (os derivados da Constituição e das leis dos Estados Unidos) são levados à final adjudicação nas Cortes dos Estados para impedir a revisão por esta Corte, enquanto o caso guarde os característicos de um procedimento contraditório que envolva, controvérsia concreta, não hipotética, resolvida, finalmente, pela instância inferior (da mais alta Corte do Estado)".

(24) - Brandão Cavalcanti, Themístocles. **Do controle da constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 94-5.

(25) - Buzaid, Alfredo. op. cit., p. 29.

(26) - Bittencourt, C.A. Lúcio. op. cit., p. 100.

(27) - Idem.

(28) - Ib. id.

(29) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 8ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1.986 , p. 59.

(30) - Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. **A inconstitucionalidade da lei municipal.** Curitiba: Juruá Editora, 1.991, p. 23.

(31) - Santos, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 2º Vol. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1.985, p. 195.

(32) - Silva, José Afonso da. **Da jurisdição ....** op.cit., p. 127.

(33) - Nesse sentido: Lúcio Bittencourt (op. cit. p. 113), Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 199), José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional.** 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1057), Manoel Antônio Teixeira Filho (**O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público.** São Paulo: Editora LTr., 1985, p. 90) e Coqueijo Costa (**Mandado de segurança e controle constitucional.** 2ª Edição. São Paulo, Editora LTr., 1.982, p.189).

(34) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 159.

(35) - Lima, Alcides de Mendonça. **Competência para declarar a inconstitucionalidade das leis.** Revista Forense, 123:352, maio de 1.949.

(36) - Miranda, Vicente Chermont. **Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular.** Revista Forense, 92: 587, out. 1942. Alfredo Buzaid (op.cit., pp. 64-70) faz uma análise das posições de Alcides de Mendonça Lima e de Vicente Chermont de Miranda.

(37) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 162.

(38) - Bittencourt, C.A. Lúcio. op. cit., p. 46.

(39) - Nesse sentido igualmente se pronuncia José Afonso da Silva. **Da jurisdição ...**, op. cit., p. 130.

(40) - Teixeira Filho, Manoel Antonio. op. cit., p. 97.

(41) - RT, 554:253.

(42) - RTJ, 98:877.

(43) - Dispõe o art. 93, par. único, da Constituição do Estado do Paraná que" No Tribunal de Justiça haverá um órgão especial, integrado pela cúpula diretiva e vinte e dois membros de maior antiguidade, respeitada a representação do quinto constitucional, para o exercício de atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno, exceto as pertinentes às eleições de seus órgãos dirigentes e à organização de lista para provimento de cargos de desembargador".

(44) - Bittencourt, C.A. Lúcio, op. cit., p. 48.

(45) - Idem. No mesmo sentido: Coqueijo Costa (op. cit., p. 203).

(46) - Como veremos, todavia, no momento oportuno, a questão suscita interessante polêmica.

(47) - A maioria simples satisfaz-se com o pronunciamento favorável da maioria dos presentes, uma vez alcançado o *quorum*. A maioria absoluta, entretanto, apenas satisfaz-se com a manifestação favorável do primeiro número inteiro subsequente à metade dos membros do pleno ou do órgão especial (e não dos presentes).

(48) - Nesse sentido: Coqueijo Costa (op. cit., p. 204) e Manoel Antonio Teixeira Filho (op. cit., p. 110).

(48.a.) - Cunha, Fernando Whitaker da. **Direito constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p.309). Com apoio em Anhaia Mello, sustenta o jurista que "os Tribunais de Contas, por não serem órgãos do Judiciário, não realizam julgamentos de inconstitucionalidade, mas, sim, meros atos, inaplicando leis inconstitucionais, não estando sujeitos ao art. 97 da Carta, podendo, por isso mesmo, decidir por maioria simples".

(49) - Apanhe-se, por exemplo, as juntas de conciliação e julgamento. A CLT dispõe, no art. 649, que as JCJ "poderão conciliar, instruir ou julgar com qualquer número, sendo, porém, indispensável a presença do presidente, cujo voto prevalecerá no caso em empate".

(50) - Silva, José Afonso da. **Da jurisdição ...** op. cit., p. 120.

(51) - Miranda, Vicente Chermont de. op. cit., p. 585.

(52) - Silva, José Afonso da. **Da jurisdição ....** op. cit., p. 131.

(53) - Poletti, Ronaldo. op. cit., p. 190.

(54) - Mendes, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 204.

(55) - Dispõe a Súmula 293 do Supremo Tribunal Federal que "são inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao plenário dos Tribunais". Nos termos da Súmula 455, do STF, "Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional". Quanto à Súmula 503, do STF, disciplina que: "A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito".

(56) - Mendes, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 205.

(57) - RTJ, 99:273.

(58) - Por vezes a doutrina, e mesmo o Legislador, chama o número de votos exigido pelo art. 97 da CF de *quorum*. Na verdade o *quorum* corresponde ao número mínimo de

integrantes do Tribunal (ou do órgão especial) necessário para o julgamento de uma questão (por exemplo: constitucional). Agora, alcançado o *quorum*, poderá o colegiado deliberar sobre a questão que , se disser respeito à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, exigirá a manifestação da maioria absoluta (primeiro número inteiro subsequente à metade dos membros do colegiado e não dos presentes à sessão).

(59) - A Lei Federal nº 8.038, de 28.05.1990, institui normas procedimentais para os processos que especifica, inclusive o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

(60) - **Poder Judiciário** *in*: **A Constituição Brasileira de 1988. Interpretações.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 200. Nesse mesmo sentido: Célio Borja. **O controle jurisdicional de constitucionalidade**, *in*: **A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos.** Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 189. Desse entendimento participa o Ministro Carlos Mário Velloso. Em outro sentido, procurando mostrar que nem sempre o cotejo entre uma lei federal e uma lei estadual envolve um problema constitucional de competência, é o magistério do Ministro Sepúlveda Pertence (**Competência recursal do Supremo Tribunal Federal**. RDP, 93:183-196).

(61) - Costa, Coqueijo. op. cit., p. 61.

(62) - Sobre o Recurso Extraordinário a literatura brasileira é bastante numerosa. Cumpre neste momento, todavia, citar apenas: Rodolfo de Camargo Mancuso (**Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990).

(63) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 8ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1.986, p. 59.

(64) - Bittencourt, C.A. Lúcio. op. cit., p. 133.

(65) - Idem, p. 137.

(66) - Buzaid, Alfredo. op. cit., p. 128.

(67) - Bittencourt, C.A. Lúcio. op. cit., p. 136.

(68) - Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 53.

(69) - Liebman, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 1.945, p. 170.

(70) - Moreira, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5, Rio de Janeiro: Forense, 1.973, p. 50.

(71) - STJ - 4ª Turma. Resp. 444-RJ-EDcl, rel. Min. Athos Carneiro, j. 19.03.91. DJU 22.4.91, p. 4.788.

(72) - op. cit., p. 144.

(73) - Nunes, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1.943, p. 592.

(74) - Cappelletti, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984, p. 76.

(75) - Bandeira de Mello. Oswaldo Aranha. op. cit., p. 183.

(76) - A partir de 1.964 o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a Súmula da jurisprudência predominante. Fê-lo, contudo, como lembra Sérgio Ferraz (**3 Estudos de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.82), "com limite restrito: proporcionar maior estabilidade à orientação dos julgados do próprio Supremo, facilitando, doutra parte, o trabalho dos advogados e simplificando, ademais, o julgamento das questões. Como com a habitual acuidade observou Victor Nunes Leal, adotou o Supremo, com a Súmula, 'o ideal do meio-termo quanto à estabilidade da jurisprudência; nem a inteligência perpétua da lei pelos assentos, nem a virtual inoperância dos atuais prejulgados, nem por fim a anarquia jurisprudencial'".

(77) - Alencar, Ana Valderez Ayres de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução do atos declarados inconstitucionais**. Brasília, Revista de Informação Legislativa a. 15, nº 57 jan./mar. 1978, p. 234. Por ocasião da Constituinte de 1.934, o Deputado Nilo Alvarenga chegou, inclusive, a propor a instituição de uma Corte de Justiça Constitucional no país (Emenda nº 1.107 que foi reapresentada pelo autor, em 12-4-34, sob o nº 1.744. Anais, vol XVIII, pp. 276 e ss.).

(78) - Buzaid, Alfredo. op. cit., p. 87.

(79) - Clève, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1.988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993.

(80) - É o caso, por exemplo, de José Luiz de Anhaia Mello (op. cit.), de Paulo Napoleão Nogueira da Silva (**A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.992) e de Luís Pinto Ferreira (**Princípios gerais do direito constitucional moderno.** Vol 01, 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1.983).

(81) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 168.

(82) - Cf. Paulo Napoleão Nogueira da Silva, op. cit., p. 95. Regina Maria Macedo Nery Ferrari (op. cit., p.133) e Celso Ribeiro Bastos (**Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 80) ainda sustentam a necessidade da atuação do Senado Federal, mesmo no caso da declaração de inconstitucionalidade em tese.

(83) Brasil. **Processo Legislativo.** 3ª Edição. Brasília. Senado Federal. 1.982, p. 184.

(84) - A posição reitera entendimento adotado no processo administrativo nº 4.477-72. Cf. Revista de Informação Legislativa 57:298-306.

(85) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 169.

(86) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967 com a emenda nº 1, de 1969.** T. II. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1970, p. 88.

(87) - Franco, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional.** 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1.964, p. 189.

(88) - Melo Filho, José Celso de. **Constituição Federal Anotada.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 182.
(89) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle** .... op.cit., p. 216.

(90) - Silva, Paulo Napoleão Nelson Basile Nogueira da. op. cit., p. 98.

(91) - Chorão, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito.** Coimbra: Almedina, 1986, p. 173.

(92) - Clève, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1.988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

(93) - Em sentido contrário manifesta-se Alfredo Buzaid (op. cit., p. 91).

(94) - Melo Filho, José Celso de. op. cit., p. 182. Essa, aliás, foi a posição adotada pelo próprio Senado Federal.

(95) - Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. op. cit., p. 115.

(96) - RTJ, 38:5 , 38:569 e 39:628.

(97) - Melo Filho, José Celso de. op. cit., p. 183.

(98) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 210. Em sentido contrário: José Horácio Meirelles Teixeira: **Curso de direito constitucional.** Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.991, p. 429.

(99) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a Emenda nº 1 de 1.969.** op.cit., p. 88.

(100) - Temer, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1.993, p. 48.

(101) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 207.

(102) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle** .... op.cit., p. 216.

(103) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 207.

(104) - Brossard, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais.** Revisa de Informação Legislativa, 13(50):64. abr./jun. 1976. Sobre a questão José Celso de Mello Filho (op. cit., p. 182) faz o seguinte inventário: "O Senado Federal está obrigado, por meio de resolução, a suspender a execução de lei ou de ato normativo que o STF declarou inconstitucionais? Entendem que sim: Lúcio Bittencourt, **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**, 1949, p. 145; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, **Comentários**, cit., v.1, p. 224-5; Alfredo Buzaid, **Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro**, Saraiva, 1958, p. 89, n. 37; Celso Ribeiro Bastos, **Elementos**, cit, 1975, p. 59. Contra: Mário

Guimarães, **O juiz e a função jurisdicional**, 1958, p. 264-5; Aliomar Baleeiro, **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**, Forense, 1968, p. 97-8' Josaphat Marinho, Revista de Informação Legislativa, 2:12; Paulo Brossard, **O Senado e as leis inconstitucionais** (ampla abordagem da matéria), Revista de Informação Legislativa, 50:55".

(105) - MS 16:512.

(106) - Cavalcanti, Themístocles Brandão. op. cit., p. 164.

(107) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 211.

(108) - Silva, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 54.

(109) - Slaibi Filho, Nagib. **Anotações à Constituição de 1.988. Aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1.989, p.107.

(110) - Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da ....** op. cit. p. 116. No mesmo sentido: Anna Cândida da Cunha Ferraz, **Apontamentos sobre o controle de constitucionalidade**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 34:36.

(111) - Alfredo Buzaid (op. cit., . 91) parece assumir também essa posição na medida que entende a suspensão como manifestação do poder de revogação. Ora, a revogação não produz eficácia retroativa.

(112) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle da ...**, op. cit., p. 211.

(113) - op. cit., p. 88.

(114) - **Direito constitucional**. V.II. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 275.

(115) - Brasil. Congresso. Senado Federal. **Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos**. Parecer nº 154, de 1971, Rel. Sen. Accioly Filho. Revista de Informação Legislativa, 12(48):265-270.

(116) - Idem.

(117) - Ronaldo Poletti (op cit., p. 139) parece assumir esse mesmo entendimento. Sobre a posição do Supremo Tribunal Federal conferir José Carlos Moreira Alves, **A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil.** *in.* Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça** São Paulo: Editora Saraiva, 1993, p.05.

(118) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle da ...**, op. cit., p. 214.

(119) - RMS 17.976. Relator. Ministro Amaral Santos. RDA 105:111(113).

(120) - A "suspensão da execução" do ato normativo no Brasil, decretada pelo Senado Federal após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, não se confunde, portanto, como pretende J.H.Meirelles Teixeira (op. cit., p. 429), com o cessar da eficácia da lei declarada inconstitucional na Itália, ocorrente a partir do dia seguinte à publicação, pela Corte Constitucional, da sua decisão.

(121) - Lambert, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis.** Paris: M. Giard, 1.921.

(122) - A propósito conferir Carlos Mário Velloso, **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional.** RDA: 192:01-37. No mesmo sentido: José Augusto Delgado, **Propostas para a revisão constitucional de 1993.** Boletim de Direito Administrativo, nº 1, 1993, pp. 30-38, especialmente p. 35.

(123) - Nelson de Souza Sampaio oferece um excelente inventário acerca da tendência universal de conferir-se efeito vinculante ou a qualidade de precedente vinculante às decisões das Cortes Supremas (**Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário.** RDP 75:05-20). A proposta de Emenda à Constituição nº 130, de 1.992, conferia eficácia *erga omnes* e "efeito vinculante" a todas as decisões dos Supremo Tribunal Federal. Defendendo a proposta, conferir: Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. **Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal.** RT CDTFP 02:07-11. Sacha Calmon Navarro Coelho (**O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 146), por sua vez, advoga a instituição, entre nós, "de algo parecido com o *stare decisis*.

No direito português, tratando-se de decisões julgando, no domínio da fiscalização concreta, inconstitucional uma norma, a Constituição previu mecanismo propiciador da

generalização da sua eficácia. Com efeito, demonstra José Manuel M. Cardoso da Costa (**A jurisdição constitucional em Portugal**, 2ª Edição, Coimbra: Almedina, 1992, pp. 58-59) que "tal generalização pode verificar-se logo que o Tribunal julgue nesse sentido em três casos concretos (art. 281º, nº 3, CR), mas não se produz automaticamente: a concordância das decisões é apenas pressuposto da instauração (por iniciativa oficiosa de qualquer juiz do Tribunal, ou então do Ministério Público) de um processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade (ou legalidade) da norma em causa, o qual, depois, prosseguirá os seus termos segundo o esquema comum desta forma processual (arts. 81º e 82º LTC)".

(124) - Buzaid, Alfredo. op. cit., p. 111-2.

(125) - Cavalcanti, Themístocles Brandão. op. cit., p. 103.

(126) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a Emenda nº 01 de 1.969**. op.cit., p. 235.

(127) - Idem, p. 99.

(128) - Ib.Id.

(129) - Cavalcanti, Themístocles Brandão, op. cit., p.108.

(130) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a Emenda nº 01 de 1969**. op.cit., p. 253.

(131) - Cavalcanti, Themístocles Brandão. op. cit., p. 112.

(132) - op. cit., p. 101.

(133) - Idem.

(134) - Mendes, Gilmar Ferreira. **A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993**. Brasília, Mimeo, 1993, p. 03.

(135) - Idem.

(136) - Ib.id.

(137) - Nesse sentido, entendendo também que a ação direta interventiva constitui mecanismo de "controle direto, para fins concretos", José Carlos Moreira Alves (**A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil**. in: Sálvio de

Figueiredo Teixeira (Coord.), **As garantias do cidadão na justiça**, São Paulo. Saraiva, 1993, p. 06) . Contra: Themístocles Brandão Cavalcanti (op.cit.) , Alfredo Buzaid (op.cit.) e Célio Borja. O último (**O controle jurisdicional de constitucionalidade**, in: **A nova ordem constitucional. Aspectos polêmicos.** Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 179) afirma que por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 16/65 já se admitia "entre nós, a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, para efeitos interventivos" ... Para o autor, "a declaração de inconstitucionalidade de fim interventivo não produzia, por si mesma, a revogação da lei local malsinada, mas, alcançava tal objetivo através de um ato político, consistente na designação de um agente com poderes extraordinários e investidura transitória - o interventor - habilitado a agir como se legislador estadual fosse".

(138) - **Controle da** ..., op. cit., p. 222.

(139) - Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha. op. cit., p. 192.

(140) - Pretendem que sim: Nagib Slaibi Filho (**Anotações à Constituição de 1.988. Aspectos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.108) e José Horácio Meirelles Teixeira (op. cit, p. 435).

(141) - A Constituição utiliza impropriamente a expressão "provimento a representação". Dá-se provimento a recurso e não a ação. As ações são julgadas procedentes ou improcedentes. Cf. Pontes de Miranda (**Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969**. op. cit., p. 255).

(142) - op. cit., p. 107.

(143) - Clève, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993, pp.101-119.

(144) - Buzaid, Alfredo. op. cit., p. 109.

(145) - Cavalcanti, Themístocles Brandão. op. cit., p. 131.

(146) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a Emenda nº 1 de 1.969**, op. cit., p. 257. Parece evidente que o disposto no art. 102, I, "p" da Constituição Federal não se aplica à ação direta interventiva.

(147) - Cavalcanti, Themístocles Brandão. op. cit.,p. 131.

(148) - Idem.

(149) - Ib.id., p. 114. O STF não conheceu da Rp 482 (04.12.61), segundo notícia Victor Nunes Leal (**Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado.** Curitiba, Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1978, p. 492), porque "possível lesão de direito individual, por ato que se pode corrigir pelos meios processuais próprios, não dá lugar ao procedimento de inconstitucionalidade, para fins de intervenção federal". No mesmo sentido decidiu o STF na Representação nº 94 (Revista Forense, volume CXVI, 1948, p. 79). Lembra Raul Machado Horta (**Autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro.** Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais: Tese, 1964, p. 251, que nessa ocasião sustentou o Relator que o ato da autoridade executiva "encontrará remédio, se houver direito subjetivo prejudicado, em outros meios judiciais adequados".

(150) - Ib.id., p. 113.

(151) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1.967, com a Emenda nº 1 de 1969.**, op.cit., p. 258.

(152) - Idem, p. 255.

(153) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946.** V. II. Rio de Janeiro: Cohen Editores, 1947, p. 74.

(154) - op. cit., p. 115.

(155) - op. cit., p. 188.

(156) - op. cit., 234. Gilmar Ferreira Mendes, todavia, relativiza a sua posição em importante nota de pé de página. Sobre a possibilidade de ação direta interventiva proposta contra ato omissivo do Estado-membro, conferir Carlos Mário Velloso. **Estado Federal e Estados Federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo.** RDA, 187:28-29. Também: Ação Interventiva nº 114-MT, proposta, junto ao Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador-Geral da República contra ato omissivo (direitos humanos) do Estado do Mato Grosso.

(157) - Idem, p. 234.

(158) - Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969**. op. cit., p. 257.

CAPÍTULO III

A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DA CONSTITUCIONALIDADE: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Introdução

Desde a sua instituição, a ação direta interventiva foi, paulatinamente, assumindo a configuração de um mecanismo abstrato de fiscalização da constitucionalidade, embora voltado para a proteção dos princípios constitucionais sensíveis. Todavia, apenas com a Emenda Constitucional nº 16/65, o país adotou verdadeiro instrumento provocador da fiscalização abstrata dos atos normativos. A ação direta interventiva, já foi afirmado, constitui instrumento da fiscalização concreta da constitucionalidade. Com a representação interventiva provoca-se a fiscalização concreta, sucessiva e concentrada. Já através da **ação direta genérica de inconstitucionalidade, manifesta-se a fiscalização abstrata, geralmente sucessiva e sempre concentrada.** Há países que admitem a fiscalização abstrata preventiva dos atos normativos. O Brasil pode aceitar esse modelo de fiscalização em um único caso, como veremos no momento oportuno. A fiscalização abstrata tanto pode incidir sobre a ação normativa estatal como sobre a omissão

inconstitucional do Poder Público. A fiscalização abstrata (ação direta para suprimento) da omissão inconstitucional constituirá, assim como a ação direta de constitucionalidade, objeto de outro capítulo. Cuida-se, agora, de estudar apenas a ação direta de inconstitucionalidade.

I - A AÇÃO DIRETA GENÉRICA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1. Primeiros apontamentos

A Constituição de 1.988 deu novo tratamento à antiga representação de inconstitucionalidade ao instituir um curador para o ato impugnado (Advogado-Geral da União) e ao alargar o número dos legitimados ativos para sua propositura. Admitiu, também, a ação direta genérica de inconstitucionalidade no plano estadual (1). Aliás, o Constituinte de 1988 abandonou a locução "representação de inconstitucionalidade", passando a, como já fazia a doutrina, designá-la por ação direta de inconstitucionalidade.

O novo tratamento da ação direta genérica; a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; o facultar-se às Coletividades Políticas estaduais a criação de ação direta genérica no plano local e, finalmente, a instituição da ação direta de constitucionalidade, proporcionam clara indicação de que a fiscalização da constitucionalidade no Brasil vai assumindo progressivamente as características de um modelo concentrado. A convivência dos modelos concentrado e difuso continua; todavia, a fiscalização abstrata e concentrada

vai conquistando, passo a passo, um peso cada vez mais significativo.

Lembra Jorge Miranda que a "fiscalização sucessiva abstrata, concentrada e por via principal é o elemento característico por excelência do modelo austríaco de garantia e encontra-se em todos os países com tribunal constitucional, com maior ou menor variação de sujeitos ou entidades titulares do poder de arguição ou de iniciativa da apreciação da inconstitucionalidade" (2). O Brasil constitui exemplo típico de país sem tribunal constitucional que adota, embora ao lado do incidental, o modelo de fiscalização abstrata (por via principal, de lei em tese ou decorrente de ação direta) .

2. Natureza, finalidade e procedimento

Cuida-se, a ação direta genérica, de verdadeira ação (3). Dispõe dessa natureza porque configura mecanismo especial de provocação da jurisdição constitucional (4). Não se trata, pois, de mera representação, embora as Constituições anteriores, inclusive a Emenda nº 16/65, tivessem utilizado essa expressão. Aliás, esse fato foi suficiente para favorecer a emergência de intensas discussões a respeito da atuação do Procurador-Geral da República.

Trata-se, porém, de ação que inaugura um "processo objetivo". Cuida-se de um "processo" que constitui, como outro qualquer, instrumento da jurisdição (no caso constitucional concentrada); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição de uma lide.

É que, sendo "objetivo", inexiste lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A idéia de Carnelutti segundo a qual "o processo é continente de que a lide é conteúdo" (5) não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade). Atuam, pois, como verdadeiros substitutos processuais.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a defesa de situações subjetivas consubstancia a finalidade da apontada ação. Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando "processo objetivo" (6) de defesa da Constituição.

Cuidando-se de processo objetivo (7), na ação direta de inconstitucionalidade não há lide, nem partes (salvo num sentido formal), posto inexistirem interesses concretos em jogo (8). Por isso, as garantias processuais previstas pela Constituição, não se aplicam, em princípio, à ação direta de inconstitucionalidade.

Tem-se aqui, segundo Gilmar Ferreira Mendes:

> O que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo

> objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (*Verfassungsrechtsbewahrungsverfahren*). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (*Rechtsschutzbedurfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexiste requerido. 'A admissibilidade do controle de normas - ensina Sohn - está vinculada, tão-somente, a uma 'necessidade pública de controle' (*offentliches Kontrollbedurfnis*).
> A provocação de um órgão externo é imprescindível,inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional. Não obstante, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo de controle abstrato de constitucionalidade qualquer poder de disposição (9).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da ação direta genérica de inconstitucionalidade não é diferente. Desse entendimento, aliás, vem a Suprema Corte retirando importantes conclusões. Decidiu o Supremo, na linha do pensamento da Corte Constitucional alemã (10), que proposta a ação direta, não se admite a desistência (princípio da indisponibilidade da instância) (11). Nada impede, todavia, que o Procurador-Geral da República ofereça parecer final manifestando-se pela improcedência do pedido (12). Admitiu, também, em dispositivo do regimento interno (art. 170, § 3º), que ao receber os autos ou no curso do processo o relator, caso entenda que a decisão é urgente em face do relevante interesse da ordem pública que envolve, poderá *ad referendum* do Tribunal, dispensar as informações, e, com a prévia ciência das partes (em sentido formal), levar a ação a julgamento com os elementos que dispuser. A natureza do processo levou, também, o Supremo Tribunal Federal a não admitir nele o

litisconsórcio e a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado (13). O Supremo inadmite, ademais, a interposição de recurso (embargos infringentes ou de declaração), pelos terceiros que se dizem prejudicados, em decisão final prolatada em ação direta de inconstitucionalidade (14). Conquanto sobre isso não tenha se manifestado o Supremo, a natureza do processo não parece impedir a intervenção assistencial ou o litisconsórcio entre os constitucionalmente legitimados para a propositura da ação. Impede-se apenas o acesso de terceiros interessados num procedimento abstrato e objetivo para a defesa de interesses concretos e subjetivos. Definiu, também, o Supremo que, como decorrência da natureza do processo descabe a ação rescisória em sede de ação direta de inconstitucionalidade (15). Como lembrou o Ministro Rafael Mayer, a "declaração de inconstitucionalidade em tese importa a desconstituição, a nulificação da própria lei em si, como efeito imediato da sentença", por isso não parece ser possível restaurar-se "o que foi desconstituído, pois se diz com razão que os efeitos da sentença são imutáveis" (16). Como a ação rescisória não se compatibiliza com a ação direta de inconstitucionalidade, não pode ser ela proposta (i) por terceiros interessados, nem (ii) pelas partes que figuraram na relação processual (17). Descabe, igualmente, a reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, dada a natureza eminentemente objetiva do processo de ação direta (18). Por fim, encontra-se o Supremo Tribunal Federal condicionado pelo pedido, mas não pela causa de pedir (19). Ou seja, não constituindo "processo inquisitivo", mas sim "processo objetivo", não pode o Supremo Tribunal Federal iniciar *ex officio* o processo constitucional (*nemo judex sine actore; ubi non est actio ibi non est jurisdictio*). Todavia, uma

vez provocado, embora não possa ampliar o pedido (20), "que, assim, se restringe ao exame dos dispositivos (ou de partes deles) impugnados pelo Procurador-Geral da República - e, igualmente, não pode alcançar outra lei igual ou correlata à sob exame -, não está, porém, a Corte adstrita à fundamentação jurídica por ele invocada, cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal" (21).

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade encontra-se previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 169 a 175). A Lei nº 4.337/64 que regula a ação direta interventiva também se aplica à ação direta genérica (22). Não há lei, portanto, que trate especificamente da ação direta de inconstitucionalidade. Já era o momento do país elaborar legislação nesse sentido. No Supremo, o procedimento da ação direta interventiva é, em princípio, o mesmo da ação direta genérica. Proposta a ação direta pelos legitimados do art. 103 da Constituição, o relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso (23). Se houver pedido de medida cautelar, o relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias (24), contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência pelo relator, *ad referendum* do Tribunal. Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos que dispuser.

Ultrapassado o prazo das informações, com ou sem elas, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, pelo prazo de quinze dias, para emitir parecer. É evidente que antes da manifestação do Chefe do Ministério Público Federal deve o Advogado-Geral da União produzir a defesa do ato impugnado (art. 103, § 3º da CF). Após, deverá o relator lançar o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia a todos os Ministros, e solicitar dia para julgamento. Efetuado o julgamento, exigido o *quorum* de oito ministros para a sessão, proclamar-se-á a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

3. Legitimidade processual ativa e passiva

Já foi afirmado que inaugurando, a ação direta genérica, um "processo objetivo" , inexistem partes, lide e contraditório Não há aqui um "processo contraditório, no qual as partes <litigam> pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um processo objetivo sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos" (25). Há, pois, partes meramente formais. Por isso que, embora seja possível falar-se em legitimidade ativa e passiva, é preciso fazer uso dessas categorias processuais com certa dose de reserva e cautela. É que a ação direta de inconstitucionalidade jamais será proposta "contra" alguém ou determinado órgão, mas sim "em face de" um ato normativo apontado como ilegítimo do ponto de vista constitucional.

Os legitimados passivos na ação direta de inconstitucionalidade são as autoridades ou órgãos legislativos responsáveis pela edição do ato impugnado. Algumas vezes o titular da ação e o legitimado passivo podem residir no mesmo órgão ou autoridade. Considere-se uma ação direta proposta pelo Presidente da República contra ato normativo praticado pelo seu antecessor. A quem caberá prestar as informações nesse caso ? A situação apenas ocorre nesse tipo de processo. Por outro lado, convém advertir que o Advogado-Geral da União, como veremos adiante, não é parte; constitui, sim, espécie de "curador da norma impugnada".

Quanto aos legitimados ativos, o art. 103 da Constituição Federal os especifica: - o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Nas Constituições anteriores apenas o Procurador-Geral da República dispunha de legitimidade para a propositura da ação de inconstitucionalidade (26). O Constituinte de 1.988 ampliou consideravelmente o número de legitimados. Mas não chegou ao ponto de fazer da ação direta de inconstitucionalidade uma *actio popularis*.

Após a promulgação da Constituição de 1.988 o número de ações diretas de inconstitucionalidade cresceu de modo significativo. Com efeito, de 1.934, quando foi instituída a ação interventiva, até 1.988, o número de ações diretas ajuizadas perante o Excelso Pretório (apenas interventivas até 1.965; interventivas e genéricas após 1.965) não chegou a 1.700 (hum mil e setecentas) (27). De

1.988 (outubro) a fevereiro de 1.992, ou seja no prazo de um ano e cinco meses, foram ajuizadas 680 (seiscentos e oitenta) ações, muitas delas impugnando mais de um dispositivo, às vezes mais de uma dezena deles, no caso das ações voltadas contra normas inscritas nas Constituições estaduais que foram promulgadas a partir de outubro de 1.989 (28).

É evidente que, o momento jurídico-político pelo qual passa o país desde a promulgação da Constituição de 1.988 é, em parte, determinante do grande número de ações ajuizadas. Mas a "inflação legislativa" (29), presente em quase todos os Estados contemporâneos, e especialmente nos países recém-industrializados, parece constituir outro fator que precisa ser levado em conta. Some-se, ao momento referido e à "inflação legislativa" apontada, a extensão, a outros órgãos e pessoas, da legitimação ativa, antes monopolizada pelo Procurador-Geral da República, e estará explicada a multiplicação das ações diretas de inconstitucionalidade, notadamente quando se trata de uma Constituição analítica, como a de 1.988. Não é de se estranhar, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, através de seus julgados, venha procurando restringir a sua utilização. O Supremo Tribunal Federal reconhece que alguns legitimados ativos - o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, os partidos políticos e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - têm interesse em preservar a supremacia da Constituição por força de suas próprias atribuições institucionais. Quanto aos demais legitimados ativos, entretanto, o Supremo Tribunal Federal inclina-se a estabelecer restrições. O Excelso Pretório caminha para "só admitir a ação direta por parte de Governadores e Mesas das Assembléias

Legislativas, se a lei impugnada disser respeito, de algum modo, às respectivas unidades federadas; e por parte de confederações sindicais ou entidades de classe, se a norma em causa ferir os interesses dos respectivos filiados ou associados" (30).

Com a exigência da demonstração do interesse dos filiados ou associados das confederações sindicais ou entidades de classe, o Supremo não pode chegar ao ponto de transformar a ação direta em processo subjetivo de tutela de interesse concreto (ainda que coletivo). Sendo processo objetivo, cumpre exigir e apenas para efeito de aferição da legitimidade, porquanto esses órgãos não dispõem de interesse genérico de preservação da supremacia constitucional, a demonstração do interesse de seus filiados e associados na questão constitucional para o fim de evitar a multiplicação de ações propostas nem sempre com propósitos sérios (31). O mesmo cabe afirmar em relação aos Governadores de Estado e às Mesas das Assembléias Legislativas. Tratando-se de autoridade e órgão estaduais e não federais, a legitimidade de que dispõem, por força de dispositivo constitucional, para a propositura de ação direta, só guarda sentido em relação às respectivas leis locais e às federais que, de algum modo, repercutam na esfera de autonomia estadual. Não seria demais admitir-se, também, a legitimidade do Governador e da Mesa de Assembléia Legislativa para a propositura de ação direta contra lei ou ato normativo de outra Coletividade Política Federada (Estado-membro ou Distrito Federal). Basta que a lei ou o ato impugnados repercutam, de modo negativo, no âmbito estadual .

A jurisprudência do Supremo vai, portanto, estabelecendo diferença de tratamento entre os (i) legitimados universais (Presidente da República, as Mesas

do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional) e os legitimados especiais (Governador de Estado, Mesa de Assembléia Legislativa, Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). Os primeiros não precisam demonstrar interesse (relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade, adequação da causa às finalidades estatutárias); os segundos, inevitavelmente, sim.

O rigor do Supremo Tribunal Federal na aferição da legitimação ativa não se circunscreve apenas à verificação da demonstração do interesse pelos legitimados ativos especiais. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal vem oferecendo uma interpretação do art. 103, da Constituição, que antes se caracteriza pela restrição do que pela ampliação do rol de legitimados ativos. Apanhe-se, a título de ilustração, o inventário elaborado por Milton Flaks. Segundo este levantamento, entende o Supremo que podem propor a ação direta:

> a) na área sindical, só as Confederações, excluídas as Federações, mesmo de âmbito nacional, mediante interpretação literal no art. 103, IX, da CF (32).
>
> b) na área dos partidos políticos, só os Diretórios Nacionais, e não os Diretórios Regionais, ainda que se trate de lei local (33) e,
>
> c) no que se refere a entidades de classe, só reconhece como tais as de âmbito nacional que possuam associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação, por aplicação analógica da Lei Orgânica dos partidos políticos, além de exigir que esses associados ou membros estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional (34).

A atribuição de legitimidade ao Presidente da República, às Mesas da Câmara e do Senado e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, contribuiu significativamente para o aperfeiçoamento do sistema político brasileiro. Com efeito, pode agora o Presidente da República arguir, em tese, a inconstitucionalidade de uma lei por ele vetada com fundamento na inconstitucionalidade (art. 66, § 1º da CF) na hipótese de o veto ser rejeitado pelo Congresso Nacional (art 66, §§ 4º a 7º da CF). Podem, por sua vez, as Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ajuizar ação direta contra atos normativos do Presidente da República expedidos com afronta à Constituição e, especialmente, à competência das Casas Legislativas do Congresso Nacional.

Por outro lado, a legitimidade ativa dos partidos políticos vem contribuir para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito (35), na medida em que fortalece o direito de oposição. Ora, a maioria não é todo o Parlamento. Há as minorias ali representadas e que, devidamente articuladas, formam o bloco de oposição. Cabe a esta, a oposição, propor novos modelos políticos alternativos e, mais do que isso, provocar a ação fiscalizadora do Parlamento. Sabe-se o efeito que essas atuações produzem, mormente no contexto de uma sociedade que admite, sem maiores restrições, a liberdade de imprensa (e tal é o caso do Brasil). A Constituição de 1.988 preocupou-se com o direito de oposição, a começar quando inscreve entre os fundamentos da República o pluralismo político (art. 1º da CF). Depois, ao estabelecer que "na Constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa" (art. 58, § 1º, da CF). Também, ao

conferir a todos os parlamentares o poder de iniciativa legislativa (art. 61 da CF) e ao incluir entre os membros do Conselho da República os líderes da minoria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 89, da CF).

O poder da oposição não pode ser subestimado. Porque, se a oposição não consegue, de qualquer modo, sucesso no âmbito estritamente parlamentar, pode provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ante a legitimação conferida pelo art. 103, da CF, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (36).

Todos os legitimados ativos (universais ou especiais), salvo o Procurador-Geral da República por óbvias razões, devem se fazer representar por advogado, detentor de capacidade postulatória. O art. 103, I a IX, da Constituição Federal trata da legitimidade *ad causam* para a ação direta de inconstitucionalidade, não conferindo aos elencados, todavia, legitimidade *ad processum* . Portanto, a inicial da ação direta deve, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, IV, do Código de Processo Civil), ser subscrita por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (37).

3.1. O Procurador-Geral da República

A Constituição de 1.988 instituiu a Advocacia-Geral da União. Até esse momento cabia, como já referido, à Procuradoria da República exercitar as atribuições próprias do Ministério Público Federal somadas à representação judicial da União. Portanto, o Procurador-Geral da República era, a um tempo, Chefe do Ministério Público da União (38) e Chefe da Advocacia da União. Tratava-se de autoridade exercente de cargo de confiança do

Presidente da República, e por isso, demissível *ad nutum*, que detinha, por força de dispositivo constitucional, a titularidade exclusiva da, então, representação de inconstitucionalidade.

Somem-se a precariedade da investidura do Procurador-Geral da República e a titularidade exclusiva da ação de inconstitucionalidade, e então, teremos o solo fértil para o debate a propósito do princípio que informa sua atividade no território constitucional: o princípio da indisponibilidade ou o da disponibilidade ?

Hoje parece não haver lugar para a polêmica. Com efeito, o Procurador-Geral da República, necessariamente integrante da carreira (39), conta com investidura a tempo certo (40), podendo ser destituído apenas se, em face de iniciativa do Presidente da República, manifestar-se o Senado Federal pelo voto da maioria absoluta de seus membros (art. 128, § 2º). Por outro lado, referida autoridade não dispõe mais da titularidade exclusiva da ação direta, tanto que entre a legitimidade exclusiva e a legitimidade universal, optou o constituinte pela tese da legitimidade restrita e concorrente, partilhando, entre diversos órgãos , agentes ou instituições, a qualidade para agir em sede jurisdicional concentrada (41).

No contexto da Constituição revogada, a discussão guardava certo sentido. Com efeito, dispõe o art. 2º, da Lei 4.337/64, que, "se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal". O que foi afirmado

quanto à ação interventiva aplica-se de igual modo aqui. Cuida-se, agora, de oferecer certas considerações adicionais.

Na doutrina constitucional brasileira entre (i) os que sustentam o indeclinável dever do Procurador-Geral da República encaminhar, ainda que com parecer contrário, todas as representações que receba, (princípio da indisponibilidade), fundamentando-se basicamente no argumento de que o arquivamento de representação pelo Procurador-Geral da República conforma indisfarçável usurpação de competência do Supremo, e (ii) os que defendiam posição contrária (princípio da disponibilidade), argumentando que transformando-se o Procurador-Geral da República em "mero veículo de representações" (42) está-se, de modo indireto, atribuindo a qualquer um do povo a titularidade da ação (ação popular constitucional) (43), há (iii) aqueles que defendem posição intermediária. É o caso de Celso Ribeiro Bastos, para quem, tendo o Procurador-Geral da República tomado conhecimento de eventual inconstitucionalidade através de ato de pessoa jurídica de direito público, cabe-lhe não mais do que encaminhar a representação (44). "Outro será contudo o tratamento a ser dispensado quando a representação for oriunda de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito privado. Já aqui caberá ao Procurador-Geral exercer com plenitude a sua competência discricionária tendente a indagar da ocorrência ou não, na hipótese, dos motivos ensejadores do exercício do seu direito-dever" (45).

Antes da promulgação da Constituição de 1.988, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, deixou definido que o Procurador-Geral da República era o titular exclusivo da representação de

inconstitucionalidade, dispondo de atribuição indelegável (46). Ele é o juiz da conveniência e da oportunidade do seu encaminhamento. Ninguém pode constrangê-lo a provocar a jurisdição constitucional concentrada se ele não estiver convencido da inconstitucionalidade noticiada (47). Ademais, o fato de o Procurador-Geral não levar a representação ao conhecimento do Supremo Tribunal não constitui usurpação de competência. Afinal, o Procurador-Geral, com sua atitude, não declara a constitucionalidade do ato impugnado, podendo, os eventuais interessados irresignados, provocar a atuação jurisdicional por outras vias, que não a ação direta (48).

Na Reclamação 849-DF (49), apresentada por partido político (MDB) inconformado com o arquivamento de representação encaminhada ao Procurador-Geral da República impugnando decreto-lei (nº 1.077/70) que instituía censura em publicações periódicas, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de discutir profundamente a questão, pronunciando-se, outra vez, pelo direito privativo do Procurador-Geral propor ou não a representação (50). Entendeu o Excelso Pretório que era o Procurador-Geral o *dominus litis* da ação, sendo despropositada a transformação de uma titularidade privativa em uma titularidade universal (ação popular).

Se era questionável a posição do Supremo Tribunal Federal na vigência das Constituições que atribuíam a legitimidade ativa exclusiva a uma autoridade dependente da confiança do Presidente da República, demissível *ad nutum* e, portanto, desprovido da independência necessária para impugnar, por via de ação direta, as políticas públicas normativamente concretizadas pela vontade do Executivo, hoje, com a nova Constituição, a orientação parece ser perfeitamente adequada. Com efeito,

dispondo o Procurador-Geral da República de certa autonomia decorrente da forma de investidura (e de desinvestitura) no cargo, não há dúvida que, em relação às representações que receba, reside agora numa posição que favorece o exercício de um exame (tanto jurídico quanto político) descompromissado, imparcial e independente a respeito da procedência ou improcedência da impugnação suscitada. Por certo não deixará o Procurador-Geral da República de exercitar seu poder-dever, apenas porque tenha sofrido pressão proveniente do Executivo. Por outro lado, tendo o Constituinte optado pela atribuição de legitimidade concorrente para a ação direta, estando outros entes, órgãos e autoridades, igualmente legitimados para a sua propositura, não corre o sistema constitucional, uma vez editada norma ilegítima, o risco de ver paralisada a jurisdição constitucional concentrada. Afinal, todos os legitimados universais podem, como o Procurador-Geral, receber representações. Quanto aos legitimados especiais, certamente provocarão a jurisdição constitucional concentrada sempre que tomarem conhecimento, não importa de que modo, da edição de ato normativo do Poder Público que, sobre guardar relação com os interesses por eles (legitimados especiais) defendidos, viole preceito ou princípio constitucional.

É preciso salientar, por fim, que deve o Procurador-Geral da República manifestar-se em todos os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º, da CF), cumprindo, a essa autoridade, oferecer parecer nas ações diretas de inconstitucionalidade propostas por qualquer dos legitimados do art. 103, da Constituição Federal (inclusive por ele próprio).

3.2. O Advogado-Geral da União

Nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição, "quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado". Trata-se de inovação trazida pela Lei Fundamental de 1.988 que tem dado margem a certa perplexidade.

É evidente que a previsão constitucional faz inserir certa dose de contraditório na ação direta. A novidade, entretanto, não é suficiente para mudar a natureza objetiva do processo de declaração de inconstitucionalidade em tese, cujas características já foram antes exaustivamente analisadas.

Não se entende o motivo da previsão, quando se sabe que o órgão ou a autoridade responsável pelo ato impugnado pode comparecer ao feito para a apresentação de informações. Aliás, para essa finalidade são notificados. É evidente que a norma constitucional não pretendeu afastar a atuação do órgão ou autoridade em defesa do ato suspeito de vício.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Constituição de 1.988 erigiu o Advogado-Geral da União (ou quem lhe faça as vezes) (51) em curador da norma impugnada ou em "curador da presunção de constitucionalidade da lei" (52). Assim, se o órgão responsável pode, embora notificado, deixar de pronunciar-se sobre a ato normativo atacado em sede de ação direta, o mesmo não pode ocorrer com o Advogado-Geral da União. Citado, deverá necessariamente pronunciar-se "para satisfazer requisito de validade do processo de ação direta" (53). Segundo o entendimento da Suprema Corte, não cabe ao Advogado-Geral

da União admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis (54).

A posição do Advogado-Geral da União, em face do entendimento do Supremo, não é fácil. Afinal, como pode ser compatibilizado o exercício da consultoria jurídica do Poder Executivo com a defesa inexorável de todos os atos atacados por via de ação direta genérica ? Imagine-se uma lei inconstitucional, reconhecida, em parecer oferecido pelo Advogado-Geral da União ao Presidente, para justificar a sua não-aplicação pelo Executivo. Imagine-se, ainda, norma legal atacada pelo próprio Presidente da República por via de ação direta, ou a hipótese de lei estadual dispondo sobre matéria de competência da União. Em todos os casos, ainda que antes em parecer tenha se pronunciado em sentido contrário, deverá o Advogado-Geral da União produzir a defesa do ato impugnado. Entendeu, não obstante, o Supremo Tribunal Federal que "não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no *caput* do art. 131, da Carta Magna, e o da defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade" (55).

Deve o Advogado-Geral da União, inclusive, promover a defesa dos atos estaduais. Criada a Advocacia Geral da União pela nova Constituição, mas ainda não instalada à falta de lei regulamentadora, permaneceu a Procuradoria da República por certo tempo exercitando também, embora já sob a égide da nova ordem constitucional, as atribuições reservadas àquela. Por isso o Procurador-Geral indicava um Procurador da República para fazer as vezes de Advogado-Geral da União, especialmente no que

dizia respeito com o disposto no art. 103, § 3º, da CF. Entendeu a Procuradoria da República, em certa ocasião, de não apresentar defesa já que o impugnado era ato estadual; constituindo nosso país uma federação, uma interpretação ajustada da Constituição seria suficiente para apontar o Procurador-Geral do Estado e não o Advogado-Geral da União como aquele incumbido de sua defesa. Afinal, poderia a União ter interesse na declaração da inconstitucionalidade do ato estadual atacado. Definiu o Supremo Tribunal Federal, porém, interpretando literalmente o dispositivo constitucional, que deve o Advogado-Geral da União defender a norma atacada, ainda quando seja ela estadual. Nessa oportunidade, portanto, a Suprema Corte deliberou no sentido de devolver os autos à Procuradoria da República, para que ela apresentasse "a defesa das normas estaduais impugnadas" (56).

Não foi feliz o Constituinte ao trazer essa novidade. A posição difícil na qual permanece o Advogado-Geral da União ao acumular as atividades de representação judicial da União e consultoria jurídica do Poder Executivo (57) com a de curador de normas impugnadas, ainda que estaduais, por via de ação direta; o fato de que o processo objetivo desencadeado pela ação de inconstitucionalidade prescinde da atuação de um curador especial encarregado de exercer o contraditório (trata-se, em princípio, de um processo não contraditório) e, mais, o direito que possuem os órgãos ou autoridades de apresentar informações em defesa dos seus atos normativos, quando combatidos em sede de jurisdição concentrada, tudo está a indicar a desnecessidade do encargo atribuído ao Advogado-Geral da União. Não seria demais, então, sugerir-se, de *lege ferenda*, a supressão do art. 103, § 3º, da Constituição (58).

4. Os atos impugnáveis por meio da ação direta genérica

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, "a", da Constituição Federal, dispõe de competência para processar e julgar, originariamente, a "ação direta de inconstitucionalidade **de lei ou ato normativo federal ou estadual".** Os atos municipais, por via de ação direta, são impugnáveis apenas no plano estadual (em face da Constituição Estadual); os estaduais são impugnáveis no plano estadual, quando contrariem dispositivo constitucional estadual e, no plano federal, quando colidam com preceito ou princípio insculpido da Carta Federal. Quanto aos atos federais, estes são, por via de ação direta, impugnáveis apenas perante o Supremo Tribunal Federal.

É necessário lembrar, entretanto, que apenas os atos normativos do Poder Público desafiam a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Daí que:

> excluem-se do controlo da constitucionalidade as normas de natureza privada (regulamentos de associações, regulamentos de empresa). Se infringirem a Constituição são actos ilícitos, susceptíveis, como tais, de impugnação judicial, mas não de controlo da constitucionalidade (59).

A fiscalização da constitucionalidade, no Brasil, em relação ao momento em que se opera, é eminentemente sucessivo (*a posteriori* ou repressivo). Ou seja, inadmitindo a fiscalização preventiva como outros países, a provocação da jurisdição concentrada, entre nós, ocorrerá após a promulgação e publicação do texto normativo combatido. A fiscalização pressupõe, portanto, "a existência formal da lei ou do ato normativo. A vigência da

lei não parece constituir requisito de admissibilidade, afigurando-se suficiente a promulgação e publicação definitiva" (60).

Tendo em conta que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental, ao elencar as limitações materiais ("cláusulas pétreas ou intangíveis") ao poder de reforma constitucional dispõe que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir" (qualquer uma delas) a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, parece ser legítimo admitir-se que aí, nessa matéria, reside a única hipótese de fiscalização jurisdicional preventiva (61) entre nós. Se a proposta não pode ser objeto de deliberação, então a impugnação poderá ocorrer antes da deliberação, promulgação ou publicação da Emenda Constitucional. O Supremo já admitiu essa tese pelo menos por uma vez. Tratava-se de questão constitucional debatida não em ação direta, mas sim em mandado de segurança (fiscalização concreta) (62). O STF, entretanto, em ação direta de inconstitucionalidade proposta já na vigência da nova Constituição, mudou de orientação, alcançando com isso, mais uma restrição à utilização da ação direta de inconstitucionalidade. Decidiu o Excelso Pretório que:

> O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação

procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de emissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica, contituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais e estaduais, já promulgados, editados e publicados. A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desreipeitada,pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade (63).

Embora o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, cabe sustentar que a deliberação, pela instituição parlamentar, de propostas tendentes a abolir as "cláusulas pétreas" (o "cerne" da Constituição), pelo risco evidente de quebra da "identidade" da Lei Fundamental, é de tal gravidade, dando margem, no caso de aprovação, a situações políticas de tal ordem, que a prevenção (fiscalização preventiva) parece justificada (além de autorizada pelo texto constitucional quando interpretado de modo ajustado). Aliás, nesse caso, a admissão da fiscalização jurisdicional preventiva (que deverá conviver com a sucessiva) parece se ajustar perfeitamente às exigências de uma Constituição que contém núcleo material determinante de uma "identidade" compromissada com certos valores civilizatórios garantidos pelas "cláusulas intangíveis ou de eternidade" (64). É preciso admitir, todavia, que a Constituição, em última análise, é aquilo que o Supremo diz que é. E a Suprema Corte brasileira vem, sempre que possível, alcançando restringir a competência que lhe foi deferida pelo Constituinte.

O sentido do significante "lei" nem sempre é fácil determinar. A locução "ato normativo", porém, referida no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, dá sempre a idéia de ato do poder público veiculador de norma. Cuida-se, aqui, não de qualquer norma, inclusive a individual (65), mas apenas daquela dotada do caráter de generalidade e abstração que, de modo direto, viola preceito ou princípio constitucional. Não é a forma, mas a "qualidade jurídica", ou seja, a "natureza material" que define o ato como normativo (66). Como ensina Canotilho, este "requisito ou qualidade jurídico-material reconduz-se fundamentalmente à idéia de norma como: (i) padrão de

comportamentos; (ii) acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos" (67).

Para a determinação do sentido da expressão "lei" inscrita no dispositivo apontado, a distinção, inicialmente elaborada por Laband, entre a lei formal e a lei material guarda algum sentido (68). Não se trata de retomar a discriminação a partir do binômio "regra de direito e "simples regra" (69). Na doutrina brasileira, que é a que neste momento interessa, a distinção se processa a partir da noção de generalidade. Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material. Se, ao contrário, o ato legislativo (70) contiver preceitos concretos, então a doutrina vai chamá-lo de lei formal. A lei material, neste caso, tanto pode emanar dos órgãos dotados de competência legislativa, como da Administração Pública. Quanto à lei formal, emanará, sempre, dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante (71). Em face dessa teorização, uma lei poderá ser, a um tempo, formal e material (o preceito genérico com forma de lei). Mas, poderá tratar-se de lei apenas formal (o preceito concreto com forma de lei), ou material (o ato normativo sem forma de lei) .

A distinção é importante para a tutela dos direitos subjetivos. Entende a doutrina que os atos material e formalmente legislativos não podem ser diretamente impugnados, salvo por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, da CF). Podem, todavia, suscitar controle incidental de inconstitucionalidade, para o fim de justificar impugnação de relação jurídica constituída com fundamento naqueles atos. O mesmo ocorre com os atos materialmente legislativos. Neste caso, assumam a forma de lei ou de regulamento, não podem ser, perante o

Judiciário, diretamente impugnados, salvo, mais uma vez, a hipótese de ação direta de inconstitucionalidade. É que, assim estabelece o direito brasileiro, os atos normativos genéricos não podem lesar imediatamente um direito subjetivo. Apenas o ato que lhe der cumprimento poderá ofendê-lo.

Quanto às leis unicamente formais, entende parte da doutrina que se tratam de verdadeiros atos administrativos (lei sob o ponto de vista formal e ato administrativo em face do critério material) que podem, de fato, ferir imediatamente direitos subjetivos. Nesse caso, elas poderiam desafiar direta impugnação judicial, por qualquer meio processual, inclusive por meio do mandado de segurança (72).

Para definir o objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade, especialmente no caso de leis concretas, que são, a um tempo, regra e execução, a jurisprudência constitucional portuguesa tem utilizado um critério formal (73). A lei formal, ainda que produzindo não mais do que efeitos concretos, no direito português, pode ser objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade.

No Brasil, em princípio, a fiscalização abstrata incide sobre normas, pouco importanto se veiculadas através de lei ou de outro instrumento. Daí porque as leis formais que produzem apenas efeitos concretos (que constituem "norma" e "execução de norma" ao mesmo tempo) não podem, em princípio, ser objeto da fiscalização abstrata. É o caso, por exemplo de uma resolução do Senado Federal (ato formalmente legislativo) que veicula o julgamento do Presidente da República pela prática de crime de responsabilidade (art. 52, I, da CF).

Sendo lei, mas não ato normativo, não pode ser impugnado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, podendo, todavia, ser combatido, pelo detentor do direito subjetivo acaso lesionado, por qualquer meio processual. Nesta hipótese, todavia, não se aplica a exigência do artigo 97 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal "não tem aplicado esse entendimento com muito rigor ..." (74).

No direito brasileiro constituem objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade as (i) Emendas Constitucionais; (ii) os atos normativos formalmente legislativos (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções); (iii) os atos normativos dotados de certa autonomia (portanto: não regulamentares ou decorrentes de lei) e (iv) os tratados internacionais, desde que integrem o ordenamento jurídico atual. A experiência constitucional brasileira não admite a ação direta contra ato normativo já revogado. Se a revogação da lei ou ato normativo precede ao ajuizamento da ação direta, tornam-se dela carecedores os legitimados ativos elencados no art. 103 da Constituição Federal (75). Todavia, a revogação posterior ao ajuizamento da ação direta, não pode prejudicar o seu andamento se o ato impugnado produziu efeitos jurídicos (76). A ação direta, entretanto, perderá o objeto se o ato impugnado deixou de produzir efeitos demandantes de reparação.

4.1. Emendas Constitucionais e Revisão

As Emendas à Constituição, assim como a lei de revisão constitucional sujeitam-se à fiscalização abstrata da constitucionalidade. Quanto às Emendas à

Constituição, é certo que devem observar, sob pena de inconstitucionalidade, as (i) limitações circunstanciais (art. 60, § 1º, da CF), as (ii) limitações procedimentais (art. 60, I, II, III e §§ 2º, 3º e 5º, da CF) assim como as limitações materiais expressas (art. 60, § 4º, da CF) e implícitas (núcleo essencial determinante da identidade da Constituição) ao Poder de reforma constitucional. Quanto à revisão constitucional (art. 3º, do ADCT) a doutrina vem debatendo intensamente a problemática de seus limites (77). O Congresso Nacional, ao aprovar a resolução que autorizou a instalação dos trabalhos relativos à revisão, parece perfilhar a orientação intermediária, segundo a qual, desde o prisma material, a revisão sujeita-se aos mesmos limites que a Emenda (78).

O Supremo Tribunal Federal por mais de uma vez admitiu ser competente para fiscalizar a legitimidade das Emendas à Constituição (79). Não será diferente com a revisão constitucional, já porque Emenda e revisão constituem modos distintos de manifestação do Poder Constituinte de Reforma.

4.2. Leis delegadas

Em relação às leis delegadas, a fiscalização da constitucionalidade pode incidir tanto sobre a lei delegante (resolução), quanto sobre a lei delegada propriamente dita. Deve, o Supremo Tribunal Federal, verificar se o ato de delegação (resolução) preenche os requisitos exigidos pela Constituição (em relação à forma e às matérias suscetíveis de delegação). Quanto à lei delegada propriamente dita, cabe ao Supremo verificar se não ultrapassou os limites fixados pela resolução. Não fica o Judiciário impedido de verificar a compatibilidade

da lei delegada com o ato delegante nem mesmo quando o Congresso tenha, em face da exigência da resolução, aprovado o projeto de lei delegada apresentado pelo Executivo. A doutrina, neste ponto, concorda que "a invasão de poder pela lei delegada presidencial não é sanada (...),nem pode sê-lo, pela ratificação, embora expressa do poder delegante" (80).

4.3. Medidas provisórias

Quanto às medidas provisórias, na Itália, o controle tem-se concentrado sobre as leis de conversão. Na Espanha, incide tanto sobre as medidas provisórias (os decretos-leis) como sobre as respectivas leis de conversão. Assim também ocorre no Brasil (81).

O controle jurisdicional das medidas provisórias, no Brasil, pode ocorrer em três níveis: (i) cabe, primeiro, um controle dos pressupostos de habilitação (se estão ou não presentes); (ii) cabe, depois, um controle da matéria tratada pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) cabe, finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substancial, as normas e princípios adotados pelo Constituinte).

Em relação à última dimensão da fiscalização, o Judiciário vem exercendo plenamente a sua atividade . Quanto às primeiras dimensões, não há dúvida que pode exercê-la.

O Supremo Tribunal Federal ainda não teve oportunidade de se manifestar sobre os pressupostos autorizadores da medida provisória. Receia-se, neste

particular, que a Corte reproduza o mesmo entendimento pronunciado em relação aos antigos decretos-leis. O STF, neste particular (Constituição de 1.967), manifestou-se no sentido que "os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário" (82), por referirem, afinal, questão política. Com a Constituição de 1.988, deverá a Corte Constitucional mudar seu entendimento.

Na Itália, ultimamente, a doutrina, com cautela, vem admitindo um certo tipo de controle sobre os pressupostos das medidas provisórias, mas de caráter limitado, circunscrevendo-se ao território do "excesso de poder legislativo". Já na Espanha (83), a Corte Constitucional, como se espera que no Brasil ocorra, não se nega a promover referido controle. Entende aquela Corte que os pressupostos de habilitação constituem um conjunto de autênticos limites jurídico-constitucionais da atividade governamental e, como tais, controláveis pela Jurisdição (84). A experiência espanhola deve ser aproveitada pelo Brasil (85).

Não é demais lembrar que a doutrina brasileira admite o controle judicial dos pressupostos de autorização das medidas provisórias (86).

4.4. Regimentos das Casas Legislativas

No direito brasileiro, os decretos legislativos (matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional) e as resoluções (matéria de competência privativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, além de outras do próprio Congresso) constituem, desde o prisma formal, lei. São, pois, atos legislativos. Desde que

veiculem atos normativos, podem ser objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade. Portanto, as resoluções que veiculam os regimentos internos do Congresso Nacional (regimento comum), da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (ou das Assembléias Legislativas estaduais) podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. O fato de se tratar de atos *interna corporis* (87) não é suficiente, neste caso, para torná-los insindicáveis pelo Poder Judiciário.

4.5. Tratados internacionais

Se a ratificação do tratado pode acarretar a imediata possibilidade de aplicação da normativa no plano internacional (quanto aos Estados contratantes), o mesmo não ocorre, necessariamente, em relação ao direito interno. Com efeito, há Estados, como a Itália, que, além da ratificação, exigem, para a aplicação interna do tratado, leis de aprovação. Situação análoga aparece no caso do Reino Unido, da Suécia, da Dinamarca e da Islândia. Aqui, mesmo ratificada, a Convenção somente valerá no plano interno uma vez incorporada ao direito nacional por ato especial do Parlamento. Já a Bélgica, a França e a Holanda adotam técnica mais simples. Basta a ratificação, sendo suficiente este ato para somar o tratado ao direito interno, situando-o acima da Constituição (Holanda), ou abaixo desta, mas acima das leis ordinárias (França e Bélgica) (88). No Brasil, além da ratificação, que somente ocorrerá após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF), é necessária também promulgação, que se opera via decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo. O tratado regularmente incorporado ao direito interno assumirá a estatura hierárquica própria da lei ordinária federal (89).

Parece evidente que, constituindo o Tratado ato bilateral ou multilateral de direito internacional a declaração de inconstitucionalidade não implicará a sua nulidade; não pode decisão judicial interna atingir atos integrantes de outro sistema normativo, seja ele internacional ou interno estrangeiro. Assim, a declaração de inconstitucionalidade "parece atingir, tão-somente, as normas nacionais de aprovação, ratificação e promulgação. No que concerne ao complexo normativo estabelecido no tratado ou convenção, há de se admitir que o juízo de inconstitucionalidade se resolve na não-aplicação, não se afigurando possível a decretação da nulidade, na espécie" (90). Não há dúvida, todavia, que decretada a inconstitucionalidade de um tratado (*rectius*: dos atos de aprovação, ratificação e promulgação), a sua não aplicação no direito interno pode implicar a responsabilidade internacional do país. Caberá, neste caso, à União denunciá-lo, sujeitando-se eventualmente às sanções impostas pelo direito internacional (91).

4.6. Atos normativos estrangeiros

O direito estrangeiro não pode ser objeto de fiscalização da constitucionalidade. Não parece ser impossível, entretanto, "proceder a um juízo de validade das normas nacionais de sobredireito ..." (92). É preciso lembrar que os Estados, em virtude de princípio geral de direito internacional, podem recusar-se a aplicar o direito estrangeiro para a solução de um caso concreto, quando a norma invocada seja ofensiva da "ordem pública" (93). É induvidoso que a cláusula de ordem pública deve ser compreendida também à luz das normas constitucionais. A lição de Canotilho e Vital Moreira aplica-se também ao

direito brasileiro: - "quando a Constituição seja invocada para recusar a aplicação de direito estrangeiro este não é rejeitado por ser inconstitucional, mas sim por ser contrário à "ordem pública", constitucionalmente informada. Por isso, não pode haver lugar para os recursos próprios da inconstitucionalidade" (94).

4.7. Regulamentos

Não se admite ação direta de inconstitucionalidade contra regulamentos ou atos normativos que desbordam dos parâmetros da lei. Tratam-se, aqui, de hipóteses de ilegalidade (inconstitucionalidade indireta) e não de inconstitucionalidade, segundo o Supremo Tribunal Federal (95). Excetuam-se, porém, os regulamentos autônomos, quando invadem esfera reservada à lei (96). A posição da Suprema Corte desafia questionamento. É que, com efeito, o regulamento pode ofender a Constituição, não apenas na hipótese de edição de normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação dos poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existente num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata. Não seria demais, mantida pelo STF a sua jurisprudência, cogitar-se da criação de um processo objetivo de controle da legitimidade da normativa regulamentar (97).

4.8. Regimentos dos Tribunais

A Constituição Federal reservou um território normativo para os regimentos internos dos

Tribunais. Com efeito, dispõe a Lei Fundamental, no art. 96, I, "a", que compete privativamente aos tribunais "(...) elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Como se vê, no campo reservado ao regimento há um espaço subordinado à lei (o campo processual propriamente dito) e um campo independente de lei (matéria relativa ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos). Neste, eventual incursão legislativa (ato legislativo formal) constituirá hipótese de inconstitucionalidade, por isso que trata de matéria reservada à normativa regimental. Quanto às normas regimentais, tanto podem ofender a lei processual (e aqui haverá ilegalidade) como podem ofender diretamente a Constituição. Neste último caso, podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

4.9. As sentenças normativas

A Justiça do Trabalho, em nosso país, exerce uma função materialmente legislativa. A Constituição Federal de 1.988, no art. 114, § 2º, faculta "aos (...) sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais mínimas de proteção ao trabalho". A Constituição vigente, neste particular, ampliou sobremaneira a competência da Justiça do Trabalho. Na Constituição revogada, cabia à lei "especificar as hipóteses em que as decisões, nos dissídios coletivos, podiam estabelecer normas e condições de trabalho". Então,

não era difícil advogar a tese segundo a qual o poder normativo da Justiça do Trabalho apenas podia intervir nas lacunas da lei ou,melhor,nos espaços em branco deixados por ela (98). Isso muda com a nova Constituição . Os únicos limites da competência normativa da Justiça do Trabalho se encontram nas disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalhador (99). Nem por isso, todavia, as sentenças normativas podem constituir objeto da fiscalização abstrata da constitucionalidade. Isto porque esses atos, embora normativos, submetem-se exclusivamente ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, desafiando impugnação apenas por meio dos recursos normalmente oferecidos contra esse tipo de atos.

4.10. As convenções coletivas de trabalho

A Constituição Federal estabelece entre os direitos sociais aquele concernente ao "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho" (art 7º, XXVI). A conclusão de acordos ou de convenções coletivas de trabalho constitui objeto da negociação coletiva, referida no art. 114, § 1º, da Carta Magna.

É possível que as convenções coletivas de trabalho assumam a natureza de atos negociais em outros países (100). Tal não ocorre, todavia, no Brasil. Aqui, as convenções coletivas veiculam verdadeiros atos normativos. A Consolidação das Leis do Trabalho define convenção coletiva de trabalho como o "acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho" (art. 611). Trata-se, pois, de acordo entre sindicato de

empregados e sindicato de empregadores. Até aqui, poder-se-ia admitir que a convenção não se distingue substancialmente dos contratos, especialmente dos contratos normativos. Ocorre que as convenções coletivas têm campo de aplicação não limitado aos sindicatos. Projetam-se sobre todas as pessoas que estes representam: os empregados, filiados ou não, que pertencem à categoria de trabalhadores, e às empresas, filiadas ou não ao sindicato, que integram a categoria econômica dos empregadores. Aqui, acaba qualquer semelhança entre a atividade negocial decorrente da autonomia privada e as convenções coletivas de trabalho (101). Não se pode negar, pois, que o Estado, por meio da Lei Maior, concedeu aos sindicatos a prerrogativa de legislar (no sentido material da expressão), "em âmbito menor, para as relações contratuais de sua classe, como verdadeira lei de grupo" (102). Uma lei (no sentido material) com alguns limites, já que não pode contrariar os atos legislativos estatais (no sentido formal). Entretanto, não fica impedida, essa "lei de grupo", de ampliar ou criar novos benefícios porque o Estado fixa apenas condições mínimas de trabalho (103).

Embora as convenções veiculem verdadeiras normas jurídicas heterônomas, aplicáveis a terceiros, o que é próprio das leis (sentido material e formal), nem por isso podem, no Brasil, ser objeto da fiscalização abstrata. É que os atos normativos que desafiam a propositura de ação direta de inconstitucionalidade são os federais e os estaduais (art.102, I, "a", da CF), portanto, aqueles editados pelo Poder Público. Não é o caso das Convenções Coletivas do Trabalho (104).

Em Portugal, todavia, a doutrina parece aceitar que os contratos e acordos coletivos, como atos normativos e nas partes que alcançam valor normativo,

estão sujeitos à fiscalização abstrata da constitucionalidade (105).

5. A ação direta e os atos normativos anteriores à Constituição

Como já foi afirmado, o direito brasileiro não admite ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo anterior à Constituição, em confronto com esta (106). Entende o Supremo Tribunal Federal, que a hipótese não é de inconstitucionalidade, mas sim de revogação. Como a questão não é constitucional, mas de direito intertemporal, à luz da compreensão brasileira, os tribunais não estão jungidos à exigência do artigo 97 da Constituição da República (maioria absoluta). Constitui, igualmente, hipótese de revogação a incompatibilidade de lei anterior com Emenda Constitucional nova (ou, por óbvio, com nova norma decorrente da revisão). O Supremo Tribunal Federal não aceita a tese da inconstitucionalidade superveniente, ou seja, do ato normativo que, constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude da atuação do poder de reforma constitucional (caso específico de Portugal) ou do próprio poder constituinte (107).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, a questão do confronto do ato normativo anterior com a nova Lei Fundamental foi objeto de importantes discussões no Supremo Tribunal Federal (108). Nessa oportunidade, sendo relator o Ministro Paulo Brossard, saiu vencedora mais uma vez a tese antiga, sendo vencidos os Ministros Marco Aurélio Farias de Mello, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira (109).

A ementa do julgado encontra-se assim redigida:

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

Porque a Constituição Federal, na medida em que sobre ele silencia, não impõe limites ao objeto da fiscalização abstrata, o Supremo Tribunal Federal perdeu, com essa decisão, uma grande oportunidade para alargar o alcance da ação direta.

A posição dos vencidos, conquanto não satisfaça a cinquentenária jurisprudência do Excelso Tribunal, encontra-se mais ajustada à tendência contemporânea de dar à fiscalização abstrata, extensão suficiente para apanhar o direito preexistente. Trata-se, neste caso, de examinar-se, em tese, a compatibilidade,

quanto à dimensão material (110), do direito infraconstitucional anterior em face de sobrevinda Constituição.

Pelos vencidos, apanhe-se a sólida argumentação desenvolvida pelo Ministro Sepúlveda Pertence (111). No caso em tela, diz o Ministro:

> se se quer chamar a hipótese de revogação, tudo bem. Não será, contudo, caso de simples revogação, supostamente idêntica àquela que resultaria da incompatibilidade entre duas normas de gradação ordinária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional. Será, então, sim, revogação qualificada, porque derivada da inconstitucionalidade superveniente da lei anterior à Constituição (112).

Ainda que correta esteja a tese segundo a qual a antinomia entre a norma preexistente e a Constituição se resolve no plano do direito intertemporal, não há dúvida que a tese da inconstitucionalidade superveniente encontra-se, desde o prisma teórico, formal e técnico, também correta. A vantagem da última tese consiste em sua consequência: - o cabimento da ação direta, "que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade" (113), pois permite a solução pronta de controvérsias que, de outro modo, somente com o passar dos anos e esgotados todas as instâncias e recursos, após inevitável período de dissídios entre juízes e tribunais, alcançarão solução pacificada.

Na verdade, as teses da revogação e da inconstitucionalidade não são excludentes, daí que, para Canotilho, "na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e

nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade)" (114). É que "a inconstitucionalidade (plano da validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano da vigência)" (115). Havendo um concurso entre a revogação e a nulidade, ninguém pode contestar que as duas posições estão, desde o estrito prisma técnico, efetivamente corretas: - a do Supremo Tribunal Federal e a defendida, entre outros, pelo Ministro Sepúlveda Pertence. É induvidoso, não obstante, que a última posição é nitidamente mais vantajosa para o sistema constitucional brasileiro, assim como para a sociedade, que passam a contar com um mecanismo objetivo de aferição da legitimidade constitucional do direito precedente. Aliás, cumpre lembrar que residem neste campo as mais importantes questões constitucionais emergentes por ocasião da promulgação de nova Lei Fundamental. Questões que podem, evidentemente, sofrer solução com a aplicação das teorias da recepção , da novação e da técnica da revogação (116), mas que não excluem, e que nem podem excluir, solução decorrente da pronúncia da nulidade pelo órgão exercente de competência concentrada de fiscalização abstrata da constitucionalidade.

O fato de a declaração de inconstitucionalidade, entre nós, produzir efeitos *ex tunc* e a exigência do artigo 97 da Constituição Federal para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (maioria absoluta), não traduzem empecilho, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, à sua posição. E, efetivamente, não traduzem. É que a decisão do STF no caso produzirá também efeitos *ex tunc* que alcançarão, todavia, apenas o período (e todo ele) posterior à promulgação da nova Carta Constitucional. Não alcançam, pois, o período em

que a lei vigeu sob a égide da Carta revogada. Diz o Ministro:

> ..., convém notar que a ruptura - que a idéia de novação enfatiza -, na identidade mesma da norma legal preexistente - a qual, não obstante conservar o mesmo conteúdo, será uma, até o advento da Constituição nova, e outra, a partir daí -, desfaz mais uma perplexidade possível. Não obstante a declaração de sua inconstitucionalidade, sob o estalão da nova ordem, a lei preexistente, se for o caso, continuará a ser tida por aplicável aos fatos anteriores sobre os quais haja incidido validamente na vigência do ordenamento caduco: o mesmo conteúdo normativo, que se declarou inconstitucional, enquanto norma do ordenamento novo, se pode aplicar, e reputar constitucional, enquanto norma diversa do ordenamento passado (117).

Quanto à exigência do art. 97, admite que, na hipótese de inconstitucionalidade superveniente, aplica-se, unicamente, à fiscalização abstrata. Em relação ao sistema difuso, "a exigência do *quorum* especial constituiria efetivamente um complicador procedimental, difícil de justificar, mormente quando se cuidasse de atestar incompatibilidade aberta e manifesta entre as normas cotejadas" (118).

Concordando com o Ministro Paulo Brossard que a exigência da maioria absoluta se liga à presunção de constitucionalidade dos atos legislativos e, mais, que "a lei anterior à Constituição não favorece a presunção de constitucionalidade, que ela não tem" (119), o Ministro Sepúlveda Pertence afirma que não há razão de ser, que justifique a exigência constitucional ou que condicione a

sua existência. Com base no pensamento de Karl Larenz, esclarece que:

> Aplicada ao artigo 97 da Constituição, a redução teleológica circunscreve a exigência do *quorum* qualificado ao âmbito correspondente à finalidade que a explica - a proteção da presunção de constitucionalidade das leis posteriores à Constituição. E o faz sem necessidade, para obviar-lhe a injustificada incidência, na hipótese das leis anteriores, de fugir à evidência de que a sua desconformidade com norma de Lei Fundamental se resolve numa inconstitucionalidade (ou numa revogação por inconstitucionalidade) e, nunca, numa simples revogação.
>
> *Mutatis mutandis*, interpretação restritiva ou redução teleológica similar, já a praticou o Supremo Tribunal, por exemplo, quando, contra a amplitude do texto constitucional correspondente, cingiu à hipótese de declarações incidentes de inconstitucionalidade proferidas pela Corte, a necessidade de suspensão *erga omnes* de sua vigência pelo Senado Federal e a dispensou, no caso da declaração por via principal.

As objeções tradicionalmente levantadas contra a fiscalização da constitucionalidade do direito anterior foram todas respondidas pelos Ministros vencidos. Todavia, a Suprema Corte, manteve a sua jurisprudência. Pior para o país. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da renovação de sua jurisprudência, inclusive decorrente da renovação de seus quadros, perceba as desvantagens da solução consagrada. Que a insistência dos vencidos e os exemplos de Portugal, da Espanha, da Itália e da Alemanha, países que aceitam, com maior ou menor extensão (120), a fiscalização abstrata da

constitucionalidade do direito anterior, produzam frutos entre nós (121).

6. A parametricidade da fiscalização abstrata

A parametricidade da fiscalização abstrata é, em princípio, a mesma da fiscalização concreta. No direito brasileiro, como já afirmado, parâmetro da fiscalização é a Constituição formal, compreendida como conjunto de preceitos e princípios, inclusive implícitos (122). É necessário, entretanto, no caso da fiscalização por via principal, que a Constituição esteja em vigor. O Supremo Tribunal Federal não admite a ação direta de inconstitucionalidade em face de constituição já revogada (123). Por ocasião da promulgação da Constituição de 1.988, o STJ julgou prejudicadas todas as ações diretas pendentes de julgamento (124). Não é impossível, todavia, a fiscalização incidental da inconstitucionalidade de lei velha em face de Constituição revogada (125). Em matéria tributária, esse tipo de fiscalização pode guardar inquestionável interesse para o contribuinte que, por exemplo, pretenda eximir-se do pagamento de um imposto que, embora indevido, é cobrado.

O direito brasileiro, como já afirmado, não admite, como o alemão, a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ou seja, de normas incluídas no documento constitucional (126). Não se aceita aqui, como na Alemanha, a existência de normas residentes acima da Constituição, determinantes da validade desta, ou residentes na própria Constituição, mas porque hierarquicamente superiores, determinam a validade de outras normas constitucionais (127). As eventuais antinomias encontráveis no texto constitucional - e elas, certamente, existem tratando-se,

a nossa Constituição, de documento de nítida feição compromissória (128) - devem ser solucionadas, no direito brasileiro, através de outras técnicas que não envolvam a pronúncia da nulidade Vigora entre nós o princípio da "unidade hierárquico-normativa" da Constituição (129). Ou seja, desde o prisma formal, todas as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico (130). A solução das eventuais antinomias dá-se através da utilização do "princípio da concordância prática" (131) ou da "cedência recíproca" (132) . Neste caso, os princípios aparentemente contraditórios alcançam interpretação harmonizadora em face da atuação do intérprete que abandona a pretensão de conferir a cada um deles interpretação absoluta ou isolada. Para a solução das enventuais antinomias, faz-se uso também, o que parece elementar, do critério da especialidade (133): - a norma excepcional (ADCT) ou especial derroga a norma geral.

Não é impossível, porém, no direito brasileiro, a declaração da inconstitucionalidade, inclusive por via principal, de certas normas constitucionais. É o caso das derivadas de Emendas contrastantes com as "cláusulas de eternidade" e, igualmente, dos preceitos e princípios das Constituições estaduais violadoras da Constituição Federal. A inconstitucionalidade, porém, nestes casos, como referido, decorre de contraste da norma inquinada com a Constituição e, jamais, com um apontado direito suprapositivo.

O parâmetro da fiscalização da constitucionalidade alcança, também, o que a doutrina chama de "normas interpostas ou pressupostas" (134). Estas normas, embora "carecendo de forma constitucional, são reclamadas ou pressupostas pela constituição como específicas condições de validade de outros actos

normativos, inclusive de actos normativos com valor legislativo" (135).

É o caso, por exemplo, no Brasil, das leis complementares. O fato de as relações entre a lei complementar e a lei ordinária consubstanciarem questão constitucional e não questão legal, implica consequências: a possibilidade do ato legislativo contrastante com a lei complementar sofrer impugnação por via de ação direta de inconstitucionalidade; a exigência do art. 97 da Constituição Federal para a pronúncia de sua nulidade e a possibilidade de interposição de recurso extraordinário constituem exemplos delas.

No Supremo Tribunal Federal, quanto às decisões judiciais, definiu-se que a violação de "lei complementar para efeito de recurso extraordinário se equipara à lei ordinária, não sendo, portanto, o mesmo que ofensa à Constituição" (136). Entretanto, quanto aos atos normativos, definiu-se que padecerá de inconstitucionalidade a lei ordinária que invadir território normativo reservado à lei complementar (137).

Na ordem constitucional brasileira o fenômeno da "interposição de normas" é encontrável, também, em outros lugares.

Exemplifique-se com as leis de autorização (resoluções de delegação), previstas no art. 68, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal. As resoluções (leis de delegação) consistem em parâmetro normativo-material das leis delegadas. Com a ofensa da lei delegada à lei de delegação emerge, pois, questão constitucional suscetível de apreciação em ação direta de inconstitucionalidade.

Na mesma situação encontram-se as leis federais, embora ordinárias, que dispõem sobre normas gerais a respeito de determinadas matérias; elas devem ser consideradas como parâmetro material das leis estaduais, distritais (Distrito Federal) e, eventualmente, municipais. Apanhe-se, por exemplo, o disposto no art. 22, XXVII, segundo o qual compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. A invasão indébita, pelos Estados ou Municípios, da área reservada pela Constituição à lei federal (embora ordinária) dispondo sobre norma geral, consistirá em inconstitucionalidade suscetível de confrontação por via de ação direta.

É o caso, finalmente, das leis reguladoras da produção de outras leis como, em matéria orçamentária, o plano plurianual (art. 165, § 1º, da CF) em relação à lei de diretrizes orçamentárias, e desta (art. 165, § 2º, da CF) em relação à lei orçamentária anual (art. 165, § 5º, da CF). Todas estas leis encontram-se num mesmo patamar hierárquico. Entretanto, as primeiras constituem parâmetro de validade das últimas. Parece, então, correta a afirmação segundo a qual a lei orçamentária violadora da lei de diretrizes orçamentárias será inconstitucional e não simplesmente ilegal.

Há, nesse campo, situações que não são muito claras. Não se pode afirmar com certeza se as leis (i) reguladoras do procedimento de elaboração e as (ii) "constitutivas de limites de outras leis" (138) configuram parâmetro para estabelecer uma relação de valor ou de desvalor constitucional.

Consistem em leis reguladoras do procedimento de outras, os regimentos comum do Congresso e internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Todos

são veiculados por meio de resoluções que, nos termos do art. 59, da Constituição Federal, integram o processo legislativo e, bem por isso, residem no catálogo dos atos legislativos formais. Não há hierarquia entre a resolução e os demais atos legislativos (por exemplo: as leis ordinárias). Mas, considerando que as leis ordinárias (como de resto as demais) são elaboradas de acordo com o procedimento que os regimentos definem, a sua inobservância não poderia implicar inconstitucionalidade ?

A Constituição de 1.988 trouxe inovação quanto ao processo legislativo (139). Estabeleceu, no art. 59, parágrafo único, que "lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis", e no art. 165, § 9º, I, que cabe à lei complementar dispor sobre " (...) a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual". Matéria antes tratada apenas pelas normas regimentais (procedimento de elaboração dos atos legislativos formais) passa a aceitar disciplina por via de lei complementar .

A violação material a dispositivo de lei complementar implica, como já foi afirmado, a emergência de um juízo de desvalor constitucional. Cuida-se de saber, porém, se o mesmo tipo de desvalor ocorrerá quando, dispondo a lei complementar unicamente sobre procedimento (e tal é o caso das leis complementares acima referidas), o Legislador aprovar ato legislativo desrespeitando o rito nela estabelecido. A situação, aqui, não é diferente da resolução que, tratando de procedimento (normas regimentais), é inobservada por ocasião da aprovação de uma lei. Tratam-se de questões que devem ficar em aberto para possibilitar amplo debate.

Quanto às "leis constitutivas de limites de outras leis" (a lei orçamentária anual, por exemplo) não se pode afirmar com segurança se constituem ou não parâmetro da fiscalização da constitucionalidade, inclusive abstrata É provável que, sendo o Supremo Tribunal Federal chamado, por via de ação direta, a solucionar a questão, resolva pela negativa.

7. Comunicação ao Senado, prazo, recurso e perícia

Em que pese a opinião contrária de alguns autores, encontra-se hoje pacificado o entendimento, inclusive consagrado em norma regimental, segundo o qual é desnecessária a comunicação ao Senado Federal, para fim de suspensão, no caso de declaração, pela Suprema Corte, de inconstitucionalidade em tese (via principal) de ato normativo federal ou estadual (140).

Inexiste, por outro lado, prazo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Ela pode, a partir da publicação do ato impugnado, ser ajuizada a qualquer tempo. O vício da inconstitucionalidade é imprescritível (141).

Das decisões do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade cabe a interposição, nos termos do art. 6º, da Lei 4.337/64 e dos arts. 333, IV e 337, do RISTF e unicamente pelos titulares da ação direta, de embargos infringentes e de embargos de declaração. O cabimento dos embargos depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes (142).

Como afirmado, não há lei dispondo exclusivamente sobre a ação direta de

inconstitucionalidade Por outro lado, a Constituição é extremamente econômica quando trata desse mecanismo de fiscalização concentrada da constitucionalidade. Uma oportunidade para melhorar o tratamento constitucional da matéria é a revisão constitucional. Todavia, com ou sem revisão, é necessário que o Legislador atue, seja para o fim de consagrar normativamente as construções do Supremo Tribunal Federal, seja, ainda, para efeito de dar solução a questões que não foram ainda resolvidas. Um exemplo de problema exigente de tratamento legislativo é o da realização de provas técnicas na ação direta. Não há nenhuma norma que a autorize ou proíba. Em certos casos as provas técnicas são de vital importância. Deve, portanto, o Legislador ou o Supremo na ausência de norma expressa, permitir a realização de prova pericial "nas situações excepcionais em que a Corte Constitucional, por seu perfil e suas específicas atribuições, não possa atingir a verdade real" (143). Ora, as leis vão assumindo, na sociedade técnica e de massas (144) e no Estado Administrativo (145) uma configuração cada vez mais tecnológica, daí porque a verificação de sua compatibilidade com a constituição pode depender de procedimentos situados em lugar fora do alcance dos Ministros, homens notadamente competentes na área jurídica mas, inevitavelmente, despidos de formação técnica nas áreas de finanças, economia, etc. Estude-se o caso, por exemplo, de uma lei que institua novo indexador para cálculo de montante devido a título de incidência de tributo (imposto de renda, v.g.). Entendendo a Corte Suprema que qualquer aumento de tributo exige o cumprimento do princípio da anterioridade (146), é necessário saber se a nova lei impõe efetivamente aumento tributário ou não. Nesse caso a perícia parece ser inevitável (147).

8. Possibilidade de cautelar

A providência cautelar na ação direta de inconstitucionalidade encontra-se prevista no art. 102, I, "p", da Constituição Federal e no art. 170, § 1º, do RISTF. Discutiu-se, por algum tempo, sobre a possibilidade da concessão de liminares na então, representação de inconstitucionalidade. Coube à Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1.977, o chamado "pacote de abril" (148), acrescentar a alínea "p)" ao artigo 119, I, da Constituição de 1.969, dando à Suprema Corte competência para decidir a respeito do "pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República". A partir daí, ficou definitivamente estabelecida a possibilidade de concessão de medida cautelar na ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não se pode esquecer, entretanto, que ainda antes da Emenda referida, a jurisprudência do Supremo já vinha admitindo a cautelar, que se encontrava, inclusive, prevista no seu regimento interno (que, então, tinha força de lei).

O STF define a medida cautelar como providência excepcional, devendo a excepcionalidade da medida ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão. Afinal, os atos estatais gozam de presunção *juris tantum* de legitimidade (*rectius*: constitucionalidade).

Exige o STF, para a concessão da medida cautelar, a satisfação simultânea de certos requisitos, que se expressam "(a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni juris*), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos

impugnados e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão" (149).

A eficácia suspensiva dessa medida liminar é *ex nunc*, ou seja, a partir do momento em que o STF a defere (150). Por isso que, em princípio, a cautelar suspende a execução do ato normativo impugnado, mas não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência (151). Entende o STF, entretanto, que se "a norma impugnada é das que produzem somente efeito instantâneo (como a que desconstitui situações pretéritas), mas com repercussão ainda que indireta para o futuro, dá-se eficácia *ex tunc* à liminar" (152).

Produzindo, a declaração de inconstitucionalidade em via principal, efeitos repristinatórios suficientes para fazer reviver a normativa anterior revogada pela impugnada, e constituindo a medida cautelar espécie de antecipação da decisão final, o seu deferimento "torna aplicável a legislação anterior acaso existente e não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo" (153).

Por fim, quanto à medida cautelar, advirta-se que a Excelsa Corte, de modo correto, vem admitindo:

> a concessão de liminar para suspender medida provisória (...), apesar dos problemas daí resultantes em face de seu limitado período de vigência (trinta dias) para sua conversão em lei, bem como da transformação que a suspensão acarreta nela, reduzindo-a apenas a projeto de lei para o Congresso Nacional, por ficar suspensa sua força de lei em virtude da liminar (154).

9. A decisão e seus efeitos

A decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível *erga omnes*, estendendo seus efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva; por isso é desnecessária a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da Lei Fundamental da República. Em face da coisa julgada formal e material (oponível *erga omnes*) que a ela adere, a decisão de rejeição ou de pronúncia da inconstitucionalidade deve ser respeitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos integrantes do Judiciário.

A coisa julgada, entretanto, não "congela" ("engessa") de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que no Brasil, como nos demais países (EUA, por exemplo) a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria. Assim, declarada a constitucionalidade de uma determinada lei, em virtude de sentença que julga improcedente a ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado (155).

No caso de inobservância, pelos juízes e tribunais, da coisa julgada *erga omnes* e tendo o Supremo decidido que descabe a reclamação (156) na medida em que a eficácia da decisão na ação direta "se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, consequentemente, válido) ... às partes prejudicadas nos

casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto" (157).

A coisa julgada não impede que o órgão legislativo volte a praticar inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo do anterior (158). Para obviar esses inconvenientes, inexistentes nos Estados Unidos, em virtude do princípio do *stare decisis*, alguns países resolveram conferir às decisões das Cortes Constitucionais efeitos que constituem um *plus* (159) em relação à coisa julgada. Assim, por exemplo, a Constituição alemã confere "força de lei" às decisões da Corte Constitucional (160). Em outros ordenamentos "se dispõe expressamente que as decisões do respectivo Tribunal Constitucional ou órgão equivalente são obrigatórias para todos os poderes públicos e autoridades ou entidades públicas (e privadas), ou para os restantes órgãos constitucionais do Estado e para todos os tribunais e autoridades administrativas" (161). É o caso da Alemanha, mais uma vez, da Espanha, de Portugal e da França. "Põe-se, assim, o problema duma peculiar força obrigatória geral de todas as decisões, para lá do específico efeito ou eficácia (*erga omnes*, caso julgado, efeito preclusivo) que deva reconhecer-se a cada uma espécie ou categoria delas em particular" (162).

A Emenda Constitucional nº 03/93 conferiu efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de constitucionalidade. Talvez seja este o momento mais adequado para se advogar a extensão do efeito vinculante a todas as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal.

Como já afirmado, a declaração de inconstitucionalidade na fiscalização abstrata, assim como na fiscalização concreta, exige a manifestação nesse sentido da maioria absoluta dos membros da Suprema Corte.

A Constituição Federal silencia quanto à declaração da constitucionalidade do dispositivo impugnado (163). Não obstante, o RISTF (art. 173) determina que efetuado o julgamento proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros (maioria absoluta). O direito brasileiro, neste particular, não acompanha a experiência européia (salvo a Alemanha). Com efeito, em Portugal, na Itália e na Espanha, a decisão de rejeição de inconstitucionalidade não implica a produção de qualquer consequência. Neste caso, "a sentença de rejeição de inconstitucionalidade não impede que a Corte Constitucional volte a examiná-la, em outra ação direta, se a norma tida anteriormente como constitucional voltar a ser impugnada" (164).

Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo: se *ex tunc* ou *ex nunc* (165). Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo (166). A declaração de inconstitucionalidade, pouco importa se em sede de fiscalização concentrada ou difusa, no direito brasileiro implica, portanto, salvo a hipótese da representação interventiva (167), a pronúncia da nulidade do ato atacado.

A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória (declara um estado pré-existente) e não constitutiva-negativa (168). O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei, tal como ocorre, por exemplo, no modelo austríaco, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E por esse motivo, a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada (169).

Como sustenta Alfredo Buzaid:

> O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição.

Daí porque, segundo o pensamento do autor:

> Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. Esposito observou que "as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia, mas não têm validade. Lei inconstitucinal é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio* (170).

Conquanto a Constituição brasileira não disponha de modo expresso, como a portuguesa (171), a

respeito da consequência (sanção) decorrente da inconstitucionalidade, a nulidade (e não a anulabilidade) do ato normativo viciado assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional implícito (172).

Neste ponto, aliás, é necessário advertir que apenas a nulidade, e não a anulabilidade, pode autorizar a recusa, pelo Poder Público, embora sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário, de cumprimento de lei ou atos reputados inconstitucionais. Cuidasse, o inquinado, de ato anulável, então seria de observância obrigatória (daí porque eficaz) até o pronunciamento do órgão jurisdicional competente, despossuindo o Executivo qualquer fundamento para repudiar a lei. Coerente com seu entendimento a respeito da natureza do ato inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal admite o descumprimento de tais atos, responsabilizando-se a autoridade, porém, pelas consequências de seu comportamento caso o Judiciário repute legítimo o ato inaplicado (173). É verdade que, após a promulgação da Constituição de 1.988, o STF ainda não teve ocasião de se pronunciar sobre essa questão que pode ter assumido nova configuração. De fato, na medida em que o Chefe do Executivo Federal e os Chefes dos Executivos estaduais dispõem de legitimidade para a propositura de ação direta com pedido de liminar, cabe indagar se ainda podem, sem a liminar concedida, recusar-se a cumprir lei ou ato normativo. Sim, porque antes a titularidade da ação direta residia unicamente nas mãos do Procurador-Geral da República. Eventual resposta negativa poderia ter fundamento em relação ao Presidente da República ou aos Governadores de Estado. Não teria, porém, em relação a outros órgãos, como os Tribunais de Contas por exemplo. E não teria, finalmente, em relação aos Prefeitos Municipais,

que não dispõem de legitimidade para a impugnação, por via de ação direta, de leis federais e, em geral, das leis estaduais (174). Alcançaríamos com esse raciocínio evidentes paradoxos: órgãos do Poder Público acabariam por alcançar mais poder que o Presidente da República. E, em relação a algumas leis federais, ou estaduais, os Prefeitos Municipais alcançariam posição mais vantajosa que o Presidente da República e os Governadores de Estado. Imagine-se a hipótese de lei federal dispondo sobre norma geral em determinada matéria (tributária ou urbanística, por exemplo). Dispondo o ato legislativo de norma viciada, o Presidente da República somente pode recusar-se a cumprí-la caso obtenha liminar. Quanto ao Prefeito, porque não pode obter liminar em sede de ação direta, fica autorizado a recusar seu cumprimento (175). Deve, portanto, o STF nessa questão manter seu entendimento, mesmo no contexto da Constituição de 1.988, inclusive porque, nesta, como nas pretéritas, todos os Poderes da República são guardiães da Constituição (art. 23, I).

Atente-se, também, para o fato de que apenas a nulidade e, pois, não a anulabilidade, pode autorizar os Poderes Executivo e Legislativo a invalidar seus próprios atos quando os considerem inconstitucionais. Disse bem o Ministro Luiz Gallotti que não se pode ter como inconstitucional uma lei que anulou a anterior, por sua inconstitucionalidade. A anulação opera *ex tunc*: do ato nulo em regra, não nasce direito (176). Apenas a nulidade pode autorizar o Legislativo a anular (não se trata de revogação, que produz, em princípio, efeitos *ex nunc*) ato legislativo seu sob fundamento de inconstitucionalidade. Também apenas a nulidade pode autorizar o Executivo a anular ato seu por tratar-se de inconstitucional ou por tratar-se de ato derivado de outro inconstitucional.

Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios É que, sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derrogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (*rectius*: que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os "possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar" (177), inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Ministro Moreira Alves, "permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade" (178).

O que no Brasil decorre de construção jurisprudencial, em Portugal encontra-se, expressamente, previsto na Constituição de 1.976: - dispõe o art. 282.1, da Constituição Portuguesa que a declaração de inconstitucionalidade determina "a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado".

A reentrada em vigor da norma revogada nem sempre é vantajosa. É que o efeito repristinatório produzido pela decisão do Supremo, em via de ação direta, pode dar origem ao problema da legitimidade da norma repristinada. De fato, a norma reentrante pode padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. Previne-se o problema com o estudo apurado das eventuais consequências que a decisão judicial pode produzir. O estudo deve ser levado a termo por ocasião da propositura, pelos legitimados ativos, de ação direta de inconstitucionalidade. Se for detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer (179), já na inicial da ação direta, a declaração da inconstitucionalidade, e desde que possível, do ato normativo represtinado (180).

É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade "ab initio" da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade - já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio, insanável e, ademais, imune à prescrição - , considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem número de situações jurídicas. É induvidoso que nesses casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica.

Preocupado com as situações consolidadas sob a égide de lei declarada inconstitucional, o então Ministro Leitão de Abreu defendeu no Supremo Tribunal Federal, em julgado onde figurou como relator, posição segundo a qual antes de nulo, o ato viciado seria apenas anulável. Acrescentou o Ministro naquela ocasião:

> Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos (181).

Não obstante, permaneceu o Supremo Tribunal Federal na linha de entendimento que, desde sempre, vem trilhando com apoio na tradição jurídica norte-americana. Em julgamento posterior, reconhecendo que tinha ficado vencido, o Ministro Leitão de Abreu justificou que propunha, na verdade, um temperamento ao dogma da

retroatividade integral da decisão judicial, especialmente para o fim de deixar imunes as situações jurídicas formalmente constituídas com base em ato praticado de boa fé sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional (182).

Alguns temperamentos, todavia, têm sido admitidos pelo Supremo Tribunal Federal. Fazendo uso da teoria da aparência (funcionário de fato), o Supremo não invalida os atos praticados pelo funcionário investido, por força de lei inconstitucional, em cargo público. Inexistindo prejuízo para terceiros, protege-se a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros (183). Um segundo temperamento decorre do respeito à coisa julgada.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

> O sistema de controle da constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, § 3º). Ainda que se não possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.
>
> Não se conhece qualquer manifestação específica do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, no que se refere ao controle abstrato de normas. Todavia, ao apreciar situação análoga, relativa à sentença transitada em julgado, com fundamento em

> lei posteriormente declarada inconstitucional pela Excelsa Corte e que teve execução suspensa pelo Senado Federal, a Corte deixou assente que 'embora a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade tornasse sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional, a nulidade da decisão somente poderia ser declarada por via de ação rescisória.
>
> Não há dúvida, assim, de que, decorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, a superveniência da declaração de inconstitucionalidade já não mais logra afetar, de qualquer modo, a decisão judicial (184).

A coisa julgada, portanto, consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade. É necessário, porém, excluir desse temperamento a coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma penal desfavorável (185), pois a revisão criminal pode ocorrer, no direito brasileiro, a qualquer momento.

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. E que, portanto, cumpre, sim, manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, mas nem por isso está-se autorizado a desprezar as exigências e desafios que a experiência vai impondo às condutas humanas e às categorias jurídicas (186). Cabe à jurisprudência, e portanto ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descurar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias (186-a).

Quanto à eficácia retroativa da decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade cuida-se, ainda, de chamar atenção para duas problemáticas. Primeira. caso seja admitida, entre nós, a inconstitucionalidade superveniente - em virtude de alteração na jurisprudência

do STF ou de disposição expressa -, então é preciso ver que a pronúncia da nulidade não alcançará o ato impugnado desde o seu nascimento, mas sim, e apenas, a partir do momento em que a inconstitucionalidade se manifestou, ou seja, a partir da edição (entrada em vigor) da norma paramétrica (187). Segunda: admitindo-se que a inconstitucionalidade pode decorrer de um processo (processo de inconstitucionalização); um *iter* por meio do qual um ato normativo constitucional assume a configuração de inconstitucional, em virtude de alteração nas circunstâncias fáticas ou nas concepções que presidem a compreensão da Constituição ("mutação constitucional"), a eficácia retroativa da decisão deve contemplar apenas o período a partir do qual a norma constitucional passou a ser inconstitucional. Não há razão para que a decisão , neste caso, produza efeitos desde o nascimento do ato atacado. Por outro lado, nas duas hipóteses (inconstitucionalidade superveniente e inconstitucionalidade decorrente de processo de inconstitucionalização), como parece curial, as decisões não produzirão efeitos repristinatórios.

As intensas discussões travadas no Brasil a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seriam afastadas se a nossa Constituição, como a de Portugal, dispusesse a respeito.

Algumas Constituições, para a solução dos inevitáveis problemas que a declaração de inconstitucionalidade suscita (vazio legislativo, inconstitucionalidade mais grave da norma reentrante, etc.) conferiram, expressamente, aos Tribunais Constitucionais "a faculdade de delimitarem, em certos termos, a eficácia temporal dessas decisões ...". É o caso, entre outros países, da Áustria e de Portugal

(188). Neste, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*. Todavia, a Constituição (art. 282.4) autoriza o Tribunal Constitucional a fixar, por meio de decisão fundamentada, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com alcance mais restrito para satisfazer a segurança jurídica ou para atender a razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo. A Magna Carta austríaca, por sua vez (art. 140, VII), confere à Corte Constitucional ampla margem de discrição para dispor sobre as consequências jurídicas de suas decisões. Na Áustria pode a Corte Constitucional, inclusive, fixar um prazo para a cessação da vigência das normas declaradas inconstitucionais.

Em outros países, cujas Constituições, como a brasileira, sobre silenciarem quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não contemplam os Tribunais Constitucionais com poderes para definí-los, busca-se solucionar os eventuais inconvenientes da declaração de inconstitucionalidade através do desenvolvimento de criativas técnicas de decisão. "É esse o caso, particularmente, das decisões apelativas e de mero reconhecimento da inconstitucionalidade do Tribunal alemão. Mas na mesma linha se poderá ainda citar o expediente do protelamento da publicação da decisão, adoptado por vezes pelo Tribunal italiano" (189).

Essas técnicas de decisão, desenvolvidas em sistemas que admitem exclusivamente a fiscalização concentrada da constitucionalidade, não podem ser transplantadas, sem certos cuidados, para o direito brasileiro, que adota modelo de convivência entre a fiscalização difusa e a concentrada (190). Não parece ser possível a adoção, entre nós, da técnica da "dissociação temporal entre a declaração de inconstitucionalidade e a

sua publicação, a fim de dar tempo ao legislador para a criação de nova disciplina jurídica" (191). Também não parece ser possível, no Brasil, adotar-se o que os italianos chamam de *decisioni manipolativi* , ou seja, a técnica da "declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo) ou substitutivo, em que o Tribunal: (1) alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição << na parte em que não prevê >> certas situações que deveria prever (sentenças aditivas); (2) declara a inconstitucionalidade de uma norma enquanto na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra (sentença substitutiva)" (192).

Outras técnicas, como a da "simples declaração da incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronúncia da nulidade" (193) ou a da "declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade" (194) e a do "apelo ao legislador" (195) podem ser, com alguns limites e atendidos certos cuidados, compatibilizadas com o modelo brasileiro de fiscalização de constitucionalidade.

Por fim, há técnicas que são claramente compatíveis com o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, baseando-se certamente na experiência de outros países (especialmente Alemanha), vem procurando adotá-las. É o caso (i) da "interpretação conforme a Constituição" e da (ii) "declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto" (196).

A interpretação conforme a Constituição, desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, mais do que uma técnica de salvamento da lei ou do ato normativo (doutrina americana), consiste já numa técnica de decisão.

Assim, em homenagem aos princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da Constituição, interpreta-se o ato impugnado conforme a Constituição "Oportunidade para a interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal ofereça diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição" (197).

A "interpretação conforme" foi adotada pelo Supremo já antes da Constituição de 1.988 (198). Ao proferir voto, como relator de representação de inconstitucionalidade, o Ministro Moreira Alves desenhou o perfil dessa importante técnica:

> Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal - em sua função de Corte Constitucional - atua como um legislador negativo, (...).
>
> O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme a Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto - *Teilnichtigerklarung ohne Normtextreduzierung*), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina - e, atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova (199).

A técnica da "interpretação conforme", na Alemanha, conduz à procedência parcial da ação direta, uma vez que:

> para declarar inconstitucionais os sentidos admissíveis da norma que não o único compatível com a Constituição No Brasil, a utilização dessa técnica tem levado ao julgamento de improcedência da ação direta, por se dar à norma a exegese que a compatibiliza com o texto constitucional (200).

A "interpretação conforme" pode conduzir a alguns problemas. No Brasil, a "coisa julgada" formal e material, oponível *erga omnes*, alcança apenas a parte dispositiva da decisão (que nesse caso é de rejeição da inconstitucionalidade) e não os seus fundamentos, os juízes e tribunais podem continuar aplicando a norma impugnada com os sentidos apontados como inconstitucionais (201). O prestígio do STF é determinante da observância, pelos demais órgãos do Judiciário, da sua decisão. Em caso contrário, entretanto, apenas a interposição de recurso extraordinário, na oportunidade própria e atendidos os pressupostos respectivos, pode fazer prevalecer o entendimento sustentado pela Excelsa Corte.

A Corte Constitucional italiana tem adotado prática própria:

> Quando a lei admite uma interpretação conforme à Constituição, rejeita-se a questão de inconstitucionalidade; se, no entanto, subsequentemente se verifica que a Magistratura ordinária persiste em dar-lhe interpretação incompatível com a Lei Fundamental, a Corte, quando novamente a questão lhe é proposta, volta atrás da rejeição interpretativa anterior e declara, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade do próprio texto legislativo (202).

Mesmo na Alemanha há dúvidas sobre o efeito vinculante da decisão, já que se discute se a eficácia vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, prevista expressamente no texto constitucional, "poderia ou

não estender-se, além do dispositivo, à motivação da sentença" (203).

A complexidade das questões constitucionais que emergem no contexto da sociedade técnica organizada, por meio de uma Constituição dirigente (e analítica), para compor um Estado Administrativo, exige, não há dúvida, o desenvolvimento, pelas Cortes Constitucionais, de novas técnicas de decisão. É necessário, porém, que referidas decisões sejam acatadas pelos demais órgãos da magistratura. Parece ser inevitável conferir-se às referidas decisões uma eficácia vinculante que se estenda para além do dispositivo, alcançando também a fundamentação da sentença. A revisão constitucional parece ser o momento adequado para isso.

Na Alemanha parte da doutrina identifica a técnica da "interpretação conforme" com a da "declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto" (204). No Brasil, segundo se depreende da jurisprudência do STF, as técnicas assumem identidade própria. A Colenda Corte, ao que consta, não proferiu, ainda, nenhuma decisão de mérito declarando a "inconstitucionalidade sem redução de texto". Todavia, já teve oportunidade de conceder medida cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade fazendo uso da técnica (205). A ação direta referida tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 86, da Constituição do Estado do Amazonas, que determinava a extensão ao Ministério Público de uma série de vantagens concedidas à magistratura e, especialmente do inciso V, do art. 64. Ocorre que a extensão foi determinada de modo implícito, decorrendo "da aplicação dos "incs. IV-XIII" do mencionado art. 64, que integravam a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos" (206).

Tratava-se, neste caso, de conceder a liminar requerida para suspender-se a aplicação da norma impugnada (Constituição do Amazonas), mas "sem redução de texto", porque (i) o dispositivo deveria permanecer aplicável aos membros da magistratura e, mais, (ii) porque a norma de extensão (art. 86) não permitia redução no texto (incs. IV-XIII). Considerou o Ministro Relator, nessa ocasião:

> Sucede, porém, que a inconstitucionalidade arguida quanto ao parágrafo único do art. 86 da Constituição do Amazonas visa apenas à extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inc. V do art. 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos "IV-XIII" que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos.
>
> No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inc. V do art. 64 senão implicitamente por da expressão abrangente ("IV-XIII"), impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar "para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal", que, se feita, abarcaria normas autônomas e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais.

A multiplicidade das técnicas de decisão dá mostras da complexidade que o direito constitucional vai assumindo na atualidade. É indubitável que apenas o estudo aprofundado da disciplina e o despertar do interesse das escolas de direito possibilitarão a conquista de soluções ajustadas aos desafios que o fim de século vai impondo aos juristas.

NOTAS

(1) - Art. 125, § 2º, da **Constituição Federal.**

(2) - Miranda, Jorge. **Manual de direito constitucional.** T. II. 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1.988, p. 365. Segundo Jorge Miranda: "Na Áustria, a iniciativa cabe ao Governo Federal, aos Governos dos *Lander* e a um terço dos membros do Conselho Nacional (art. 140 da Constituição); na Itália, ao Presidente do Conselho relativamente a leis regionais e aos presidentes das juntas regionais relativamente a leis do Estado (arts. 31 e 32 da lei do Tribunal Constitucional); na República Federal da Alemanha, ao Governo Federal, aos Governos dos *Lander* e a um terço dos membros do Parlamento federal (art. 93 da Constituição); (...); na Espanha, ao Presidente do Governo, ao Defensor do Povo, a cinquenta Deputados ou Senadores e aos órgãos das comunidades autônomas; (...)".

(3) - Na Rp. 700, RTJ 45/690, o então Ministro Moacyr Amaral Santos definiu que a representação de inconstitucionalidade tratava-se de verdadeira ação e de caráter declaratório. Nesse julgamento o Ministro Aliomar Balleeiro teve ocasião de manifestar entendimento diverso. Disse o então Ministro: "O Sr. Ministro Eloy da Rocha tocou num ponto também político, quando disse que isso a que o meu eminente mestre de Processo, Prof. Amaral Santos, chama "ação direta", não era uma ação direta. Era algo diferente. Foi sempre a idéia que eu tive. Essa coisa de, por um processo de representação encaminhado pelo Procurador-Geral da República, segundo a Constituição de 1946, poder o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de uma lei estadual e hoje, depois da EC 18 (leia-se 16), uma lei federal - para mim não é uma ação (...). Para mim não é uma ação no sentido clássico, genuíno do Direito Processual. Para mim, é uma instituição de caráter político, à semelhança do *impeachment*, que, por mais que queiramos pôr dentro do Processo Penal, não é processo penal. É uma medida política, pouco importando que ela adote alguns dos ingredientes processualistas". Calamandrei define o Tribunal Constitucional como um órgão "superlegislativo" e não judicial (*La illegittimità*

costituzionale delle leggi nel processo civile . Padova, 1950, p. 60). Bem por isso, anota Alfredo Buzaid (**Da ação direta ...**, op. cit., p. 128), "o pedido de declaração de inconstitucionalidade tem natureza não de ação, mas de denúncia (idem, *Corte Costituzionale e autorità giudiziaria, in Riv. Dir. Proc.*, Ano XI, pág. 11)".

(4) - Leal, Victor Nunes. **Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado.** Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. Anais da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba (7 a 12 de maio de 1.978). p. 487.

(5) - Santos, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 1º Vol., 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1.985, p. 276.

(6) - Castilho Neto, Arthur. **Reflexões críticas sobre a ação direta de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.** Brasília, Revista da Procuradoria-Geral da República nº 02: 13. Nesse mesmo sentido conferir: José Carlos Moreira Alves. **A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil** *in*: Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **As garantias do cidadão na Justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 01-29. Também: ADin nº 79, Relator Ministro: José Celso de Mello Filho, DJU 12.09.89.

(7) - Na qualidade de Relator da Representação nº 1.016 (RTJ, 95:999), o Ministro Moreira Alves teve oportunidade de caracterizar as linhas estruturais desse instituto: "A representação de inconstitucionalidade, por sua própria natureza, se destina tão-somente à defesa da Constituição vigente quando de sua propositura. Trata-se, em verdade, de ação de caráter excepcional com acentuada feição política pelo fato de visar ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese, razão por que o tilular dela - e árbitro da conveniência de sua propositura - é um órgão político (o Procurador-Geral da República), e a competência exclusiva para processá-la e julgá-la cabe ao Supremo Tribunal Federal, como cúpula de um dos Poderes da União. Tais características estão a mostrar que não é ela uma simples ação declaratória de nulidade, como qualquer outra, mas, ao contrário, um instrumento especialíssimo de defesa da ordem jurídica vigente estruturada com base no respeito aos princípios constitucionais vigentes. Não se destina à tutela das

Constituições revogadas, até porque a observância delas pelas leis ordinárias elaboradas sob seu império é questão que interessa exclusivamente à disciplina das relações jurídicas concretas - e, portanto, matéria de conteúdo estritamente jurídico -, e não à harmonia da ordem jurídica vigente, pois a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigorante quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela é também incompatível". Acrescentou, ainda, o Ministro que: "Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida, em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera *ex tunc*, independentemente da atuação do Senado), por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se faz *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente".

(8) - Castilho Neto, Arthur de. op. cit., p. 13.

(9) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos.** São Paulo: Saraiva, 1.990, p, 251.

(10) - Lembra Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 251) que o *Bundesverfassungsgericht* decidiu, a propósito, que a desistência formulada pelo requerente não acarretava, necessariamente, a suspensão do processo. O pedido representaria, nesse contexto, um simples impulso externo (*ein blosser Anstoss von aussen*), um instrumento deflagrador do processo objetivo de controle. "O requisito é indispensável - diz Sohn - para a instauração do processo, não para o seu desenvolvimento, uma vez que o princípio do pedido foi satisfeito com a simples apresentação do requerimento".

(11) - RTJ, 23: 1-46. RISTF, art. 169, parágrafo único. No domínio da fiscalização abstrata da constitucionalidade, uma vez apresentado e admitido o pedido, segundo José Manuel M. Cardoso da Costa (op.cit., p. 47), "o prosseguimento do processo fica inteiramente subtraído, porém, à disponibilidade do requerente (princípio da indisponibilidade da instância) ... "

(12) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução do ...**; op. cit., p. 08

(13) - RISTF, art. 169, § 2º. Mas, fazendo aplicação subsidiária do CPC, já aceitou. Por exemplo: RTJ 82:44-51, RTJ 85:380-96 e RTJ 87:5-13.

(14) - RTJ 109:880 e STF-RDA 158:173. O STF admite, entretanto, a interposição de recurso pelo Procurador-Geral da República ainda quando a ação direta de inconstitucionalidade por ele proposta tenha sido julgada procedente. É que proposta a ação, pode o Procurador-Geral ter apresentado parecer pela constitucionalidade do ato impugnado. Segundo o entendimento do STF, de qualquer modo, não se aplica à ação direta o princípio segundo o qual apenas o sucumbente dispõe de legitimidade para interpor recurso.

(15) - Ação rescisória nº 878-SP. RTJ: 94:49-60.

(16) - Idem, p. 57.

(17) - O relator foi vencido ao defender a tese de que as partes que figuraram na relação processual poderiam ajuizar ação rescisória.

(18) - RDA 183:154. O STF vem buscando temperar seu entendimento. Arthur de Castilho Neto (op.cit., p. 22) lembra que: "No entanto, sobretudo quanto a eventuais manifestações judiciais, não se dispunha de instrumento para fazer valer o entendimento da Corte ante eventuais resistências das instâncias inferiores do Poder Judiciário. Isto porque, em primeiro lugar, o controle concentrado se dá através de ação especialíssima, sem réu, sem relação jurídica em conflito e sem pretensão resistida (Questão de Ordem - Repr. 1.161-GO - RTJ 113:22). Depois, porque o art. 156 do Regimento Interno do STF só admite a reclamação no caso de maltrato à decisão sua em caso concreto, não em tese (MS 20.875. Questão de Ordem. Pleno. Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ 129:594). Ainda, porque a reclamação só caiba quando haja execução de decisão da Corte e no controle abstrato não há execução (Recl. 173-DF. Rel. Min.

Oscar Corrêa, voto preliminar Min. Moreira Alves, RTJ 131:19). Em princípio, somente seria possível uma outra representação ou ação direta para afastar as decisões renitentes.

Recentemente, porém, essa orientação foi modificada em decorrência da superveniência de decisões hierarquicamente inferiores, que reiteradamente desrespeitavam frontalmente pronunciamento da Suprema Corte, quanto a determinados atos normativos cuja inconstitucionalidade proclamara. Isto a partir da Recl. 173-DF, rel. Oscar Corrêa e 354-RS, rel. Min. José Celso. Sobretudo no que diz respeito a preenchimento do quinto referente ao Ministério Público nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Paraná (recl. 389 e 393) e nos casos de concessão de reajuste de 84,32 % aos membros do Poder Judiciário Federal e aos servidores de seus quadros (*exempli gratia*, Recl. 422, Rio de Janeiro, DJ 10.12.92, rel. Min. Ilmar Galvão; Recl. 399-0-PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.8.92).

Ficou assentado que, em hipóteses de descumprimento frontal de decisões proferidas em ações diretas, será permitido ao autor da ação o uso da reclamação para preservar a autoridade daquela decisão".

(19) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5ª Ed. Coimbra: Almedina. 1.991, p.812. A regra que vale para o direito português vale também para o direito brasileiro.

No domínio da fiscalização abstrata da constitucionalidade, ensina José Manuel M. Cardoso da Costa (op. cit., p. 47), que: "o pedido delimita estritamente o objecto do processo, no tocante às normas de que o Tribunal pode conhecer: tais normas, efectivamente, são apenas aquelas cuja apreciação tiver sido requerida (art. 51º, nºs. 1 e 5, primeira parte, LTC). Resulta daqui, em particular, que, se o Tribunal concluir pela inconstitucionalidade de uma dessas normas, nem por isso pode declarar a inconstitucionalidade por identidade de razão, ou sequer a inconstitucionalidade <<consequente>>, de outras normas do mesmo diploma que o requerente não haja nomeado. Já, porém, no tocante aos concretos princípios e normas que hão-de servir de padrão de controlo da constitucionalidade (ou da legalidade) o Tribunal se não acha condicionado pelas alegações do requerente (pela **causa petendi** por este invocada), mas antes, naturalmente, pode indagá-los e estabelecê-los com toda a liberdade, segundo o consabido princípio *jura novit curia* (art. 51º, nº 5, cit., segunda parte)". Salvo no que se refere à possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade <<consequente>> que, em certo caso, o Supremo resolveu

admitir, a lição acima, aplicável ao Tribunal Constitucional português, aplica-se também ao STF.

(20) - RTJ, 46:352.

(21) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução...**; op.cit., p. 09.

(22) - Victor Nunes Leal (op. cit., p. 493), lembrando que nenhuma lei foi promulgada para regular a representação genérica de inconstitucionalidade, considerou que: "Não seria inadmissível a aplicação, por analogia, das leis que dispõem sobre a representação interventiva, até que venha a ser disciplinada por norma competente. Observe-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal já regulou, no seu Regimento (arts. 174 e ss.), a representação de inconstitucionalidade, de um ponto de vista unitário, isto é, sem distinguir entre a representação interventiva e a geral".

(23) - "Se a ação direta anteriormente ajuizada, já distribuída a outro relator, sustenta a inconstitucionalidade dos mesmos dispositivos legais, de Constituição Estadual ou de ato normativo, é de se ter como configurada a prevenção em favor daquele Ministro ao qual foi distribuído o primeiro processo" (STF-Pleno. ADin 218-0-PB Medida Liminar, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 22.3.90, DJU 20.4.90.).

(24) - "É de se ter como ficando suspenso o prazo para prestação das informações, nas ações diretas de inconstitucionalidade, durante os períodos de férias e recesso do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o disposto no art. 105 do seu Regimento Interno, começando ou continuando a fluir os prazos no dia da reabertura do expediente (§ 1º art. 105). Poderão, entretanto, ser até dispensadas as informações, pelo relator, *ad referendum* do Tribunal, em caso de urgência (§ 2º do art. 170 do RI)" STF-Pleno: RT 655:204.

(25) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, op. cit. , p. 812.

(26) - Sustentava, todavia, Victor Nunes Leal (op. cit., p. 501) que "a inclusão da representação oferecida pelo Procurador-Geral na competência do STF não exclui (ressalvada, como se disse antes, a representação interventiva) que ele se tenha por competente para processar e julgar representações das demais modalidades e que não provenham do Procurador-Geral. Tais outras representações - desde que oriundas de pessoas, autoridades

ou entidades que, no contexto do nosso sistema constitucional, e a juízo da Alta Corte, tenham em grau elevado o dever de velar pela supremacia da Constituição - poderão ser incluídas, por interpretação construtiva, na competência do Supremo Tribunal Federal". Bastava, segundo o emérito jurista, alteração no Regimento Interno da Excelsa Corte.

(27) - Segundo Arthur de Castilho Neto (op. cit., p. 13) "em apenas 4 anos, de 1988 até o final de 1992, foram ajuizadas cerca de 850 ADinconst (abreviatura de ação direta de inconstitucionalidade), um número bastante eloquente, sobretudo se comparado com as 1.050 representações formuladas perante a Suprema Corte em 25 (!) anos, ou seja, de 1965, quando se admitiu o exame, em tese, da constitucionalidade, até 1988, ano da promulgação da nova Constituição Federal".

(28) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução ...**; op. cit., p. 09.

(29) - Segundo Eros Roberto Grau (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 35), "a expressão 'inflação legislativa' ... é de Carnelutti (*La morte del Diritto, La crisi del Diritto,* G. Baladore Palliere *et alii*, p. 180): "*l'analogia, sotto questo aspetto, tra l'inflazione legislativa e l'inflazione monetaria, de ma usata piú volte, é decisiva. La funzione legislativa staripa ormai dell'alveo, nel quale dovrebbe conternesi secondo i principi costituzionali*". A expressão igualmente foi utilizada por Carnelutti no artigo "La crise della legge", in Rivista di Diritto Pubblico, 1930, I, p. 424. A expressão, ainda, foi utilizada por René Savatier (*L'inflation juridique et ses consequences, Les dereglementations. Institut Français de Sciences Administratives*, Paris: Economica, 1988), Didier Maus (*Inflation juridique et developpement des normes*", *in Droit Constitutionnel et Droits de l'homme*, Paris: Economica, 1987) e Rogério Soares (**Direito público e sociedade técnica**, Coimbra: Atlantida, 1969). No Brasil, a expressão já foi utilizada, entre outros, por Eros Roberto Grau (op. cit.; na verdade, ele prefere utilizar a expressão 'inflação normativa'), por este autor (**Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993, p.54) e por Luis Roberto Barroso (**O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990).

(30) - Flaks, Milton. **Instrumentos processuais de defesa coletiva**. *in*: Boletim de Direito Administrativo. São

Paulo: NDJ, 1993, nº 01, p. 13. Conferir igualmente: ADin nº 138, RTJ 133:1011.

(31) - Para Arthur de Castilho Neto (op. cit., p. 39) "merece reparos o dispositivo constitucional que define o elenco de entidades ou pessoas legitimadas para ajuizar a ação direta. Creio - diz ele - que se deva restringir seu uso ao Procurador-Geral da República e aos Poderes de Estado, evitando-se, com isso, a sobrecarga do Judiciário com excessivas ações, intentadas algumas vezes - faço aqui as honrosas ressalvas - por espírito de emulação ou por razões políticas".

(32) - ADin nº 488, DJU de 12.06.92. Precedentes: ADins nºs. 17, 360 e 398. Na Adin 505-7 (RT 677:240) o STF assim decidiu: "Já firmou esta Corte o entendimento de que, das entidades sindicais, apenas as Confederações sindicais (art. 103, IX, da CF) têm legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, foi recebido pela Carta Magna vigente o art. 535 da CLT, que dispõe sobre a estrutura das Confederações Sindicais, exigindo, inclusive, que se organizem com um mínimo de três federações". Os sindicatos nacionais, igualmente, de acordo com a jurisprudência do STF não dispõem de legitimidade ativa para a provocação da fiscalização abstrata da constitucionalidade.

(33) - ADin 610-0-PI, Rel. Min. Néri da Silveira. Requerente: PTB - Executiva Regional do Estado do Piauí. DJU 07.02.1992. Ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Falta de legitimidade ativa ao Diretório Regional ou à Executiva Regional de Partido Político, com representação no Congresso Nacional, para propor ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. A disposição do inciso VIII, do art. 103, da Constituição pressupõe procedimento do Diretório Nacional do partido político, com representação no Congresso Nacional. O órgão regional não representa o partido político, senão nos limites de sua atuação estadual. Ação de que não se conhece, por ilegitimidade ativa da requerente, Executiva Regional do Piauí, de Partido Político. Pedido de cautelar prejudicado".

(34) - ADin nº 79-9-DF, DJU de 05.06.1992. Na ADin 386 (RT 675:245) o STF definiu que "não é entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do inc. IX do art. 103 da CF, a que só reúne empresas sediadas no mesmo Estado, nem a que congrega outras de apenas quatro Estados da Federação". Pondera Maria Isabel Gallotti (**A Constituição de 1988 e o controle jurisdicional de tributos.** RDA 193:35) que "Também associações de associações não têm sido entendidas

como entidades de classe, porque representam as pessoas jurídicas associadas e não os integrantes destas. Nem o são as associações que congreguem pessoas vinculadas a categorias radicalmente distintas, unidas por interesses contingentes, ou apenas por dado tipo de regime jurídico". Continua, a autora: "É discutível se a noção de 'entidade de classe' está ligada à de atividade profissional, caso em que não compreenderia entidades como a União Nacional dos Estudantes. Mas, sem dúvida alguma, para que a entidade de classe se caracterize como tal 'é necessária a existência de um grupo social diferenciado que lhe constitua a base', bem como que ela tenha um 'coeficiente de representatividae a tornar imprescindível, tanto quanto possível (...), a universalidade de representação da categoria ou grupo em função das quais foi constituída e organizada', nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, invocando definição do Ministro Celso de Mello, ao recusar legitimidade à Associação Brasileira de Defesa do Cidadão".

(35) - Trata-se do Estado que procura conciliar os postulados oferecidos pelo constitucionalismo com a preocupação social. Pode ser chamado de Estado de Direito Democrático, como em Portugal (art. 2º da Constituição da República Portuguesa), ou de Estado Social e Democrático de Direito, como na Espanha (art. 1º da Constituição espanhola), ou de Estado de Direito Democrático e Social, como na Alemanha (art. 28, I, da Lei Fundamental de Bonn), ou de Estado Democrático de Direito como no Brasil (art. 1º da Constituição Federal). Neste particular, a questão nominal pouco importa. Importa, sim, o modo de organização do Estado e a amplitude das liberdades em face dele. Sobre a questão, no Brasil, consultar especialmente, Inocêncio Mártires Coelho (**O perfil constitucional do Estado contemporâneo: o Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa, 118:05-18) e José Afonso da Silva (**Curso de direito constitucional positivo**. 9ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 102-111).

(36) - Clève, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 146. Também: J. M. Silva Leitão, **Constituição e direito de oposição - a oposição política no debate sobre o Estado contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1987. Embora este autor se preocupe, basicamente, com a problemática portuguesa, nem por isso o texto deixa de oferecer importantes subsídios para a compreensão do tema quando inscrito no Direito brasileiro.

(37) - ADin 109-4, DJU 07.12.89. RT 651:200 e ADin 131-1, DJU 07.12.899, RT 651:201. Na ADin 127-2-AL, Rel. Min.

Celso de Mello (DJU 4 12.92, p. 23.057 e Repertório IOB de Jurisprudência 01/93:12), todavia, manifestou posição contrária a esse entendimento. Disse o Ministro nessa ocasião: "A ação direta existe para dar forma jurisdicional ao controle abstrato da constitucionalidade das normas, donde a exigência de legitimar órgãos públicos à provocação da jurisdição constitucional. Entre eles, os governadores.

A partir daí é que se tem de enfrentar a questão da capacidade postulatória do Governador e das demais autoridades públicas legitimadas para a ação direta.

Estou, com todas as venias, em que se trata de um problema aparente: aplicar à risca, à ação direta, as regras da lei processual e do estatuto da OAB sobre a capacidade de postular em juízo é levar muito longe a assimilação formal entre o mecanismo político do controle abstrato de normas e o processo de partes, concebido como instrumento de composição judicial de lides intersubjetivas.

A propositura da ação direta é, na verdade, o exercício de uma função estatal do órgão público competente e não um direito subjetivo do funcionário. Parece-me, em consequência, que a capacidade postulatória do dignitário competente lhe advém da própria investidura do cargo, somada à legitimação constitucional. Do que resulta, em contrapartida, que a prática processual do ato de provocação à jurisdição constitucional não apenas lhe é permitida, mas, a rigor, é necessária".

(38) - Nos termos do art. 128 da Constituição, o Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Segundo estabeleceu o art. 29 do ADCT, "enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições".

(39) - Integrante da carreira do Ministério Público Federal e não de qualquer das carreiras vinculadas ao Ministério Público da União. Sobre isso: Clèmerson Merlin Clève, **Temas de direito constitucional**, São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 109.

(40) - Clève, Clèmerson Merlin. **Temas ...**, op. cit., p 108. Fala-se em "investidura a tempo certo" porque no caso não há, verdadeiramente, exercício de mandato.

(41) - ADin 79-9-DF, DJU 05.06.1993.

(42) - Buzaid, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1958, p.110.

(43) - Nesse sentido, além de Alfredo Buzaid (op. cit., p. 110), pronunciam-se, entre outros, José Luiz Anhaia Mello (**Os princípios constitucionais e a sua proteção.** São Paulo: Saraiva, 1.966, p. 110), José Carlos Barbosa Moreira (**As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade**, *in*: Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, 13:67), Celso Agrícola Barbi (**Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil** *in*: Revista de Direito Público nº 4) e Ronaldo Poletti (**Controle da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 158). Em sentido contrário, pela indisponibilidade da ação, pronuncia-se, entre outros, Josaphat Marinho (**Inconstitucionalidade de lei. Representação ao Supremo Tribunal Federal**, RDP 12:150).

(44) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 75. O Autor sustenta a tese amparado no fato de que as pessoas de direito público, "pela sua própria natureza, são co-partícipes da gestão dos interesses públicos". Por este motivo, "tudo em nossa sistemática constitucional conduz no sentido de não se fazer prevalecer a vontade do Procurador-Geral, sobre, por exemplo, a de um prefeito municipal ou governador de Estado" (op. cit., p. 75).

(45) - Idem, p. 75. Nesse mesmo sentido pronunciou-se Arnold Wald (**Da iniciativa para o exercício da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.** RDP 16:168).

(46) - RTJ, 59:345.

(47) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução do ...**; op. cit., p. 07.

(48) - RTJ, 59:349.

(49) - Essa questão foi amplamente discutida no chamado "Caso da Censura", pelo Supremo Tribunal Federal, em 10.03.71, após o qual, segundo Victor Nunes Leal (op. cit., p. 479), inconformado com o desfecho, renunciou o Ministro

Adaucto Cardoso (Reclamação nº 849, RTJ 59:333). Victor Nunes Leal (op.cit., pp. 479-480) noticia o caso: "Recorda-se que um partido político, o Movimento Democrático Brasileiro, patrocinado pelo hoje Conselheiro Marcos Heusi Neto, representou ao então Procurador-Geral da República (depois Ministro Xavier de Albuquerque), arguindo a inconstitucionalidade do Decreto-lei 1017, de 26.01.70, que instituiu censura prévia de livros e periódicos em razão da segurança nacional. Tendo sido arquivado o pedido na Procuradoria, foi ajuizada reclamação perante o Supremo Tribunal, que dela conheceu, contra o voto do Ministro Amaral Santos, e a julgou improcedente, vencido o Ministro Adaucto Cardoso. Prevaleceu o entendimento desenvolvido, por escrito e oralmente, pelo Prof. Xavier de Albuquerque, no sentido de que a Constituição, arts. 11, "c", e 119, I; a Lei nº 4.337, de 01.06.64; o Reg. do STF, art. 174; e pronunciamentos anteriores de Ministros da Corte, lhe facultavam optar por qualquer destas hipóteses (Rev. OAB 6/292, 300):

"1º) acolher a fundamentação do pedido e propor a representação; 2º) não acolher a fundamentação do pedido e arquivá-lo; 3º) não acolher a fundamentação do pedido mas, à sua inteira discrição, propor a representação e oferecer parecer contrário".

(50) - Nesse sentido: RTJ, 37:104, 48:156, 36:454, 37:290 e 100:1013.

(51) - Após a Constituição de 1988 e até a regulamentação da Advocacia-Geral da União cabia, em virtude de designação do Procurador-Geral da República, a um membro do Ministério Público Federal desempenhar as funções de Advogado-Geral da União no que diz respeito com a ação direta de inconstitucionalidade.

(52) - RDA, 179-180:208.

(53) - RDA, 179-180; 208.

(54) - RDA, 181-182:162.

(55) - ADin 97-7. RT, 670:200.

(56) - Idem.

(57) - Sim, porque no exercício da consultoria jurídica do Poder Executivo deve o Advogado-Geral da União zelar pela guarda da Constituição. Como pode, ao mesmo tempo, promover, no âmbito do Executivo, a defesa da Constituição e na ação direta de inconstitucionalidade a defesa do ato

ofensivo à Constituição? Neste ponto cumpre lembrar a observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (**Interpretação e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990, p.103): - "As consultorias jurídicas presidencial, ministerial e dos diversos órgãos quer da administração direta quanto da indireta devem funcionar como verdadeiras comissões de constitucionalidade. A vigilância sobre a emanação das normas impedirá não só o aparecimento de imperfeições técnicas, como, sobretudo, há de servir a uma maior certeza e segurança jurídica".

(58) - Seria o caso de se reservar ao Advogado-Geral da União o papel de curador, apenas, em relação àqueles casos em que se manifesta uma identidade entre os legitimados ativos e os passivos (lei delegada editada pelo Presidente da República e impugnada por seu sucessor). Aqui, como não haverá órgão para produzir a defesa do ato impugnado, emerge, com efeito, a necessidade de um curador da presunção de legitimidade do ato atacado.

(59) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. op. cit. , p. 1013. A regra que vale para o direito português, vale também para o nosso. Quanto aos atos políticos e a sua sujeição à fiscalização da constitucionalidade, conferir especialmente: Regina M. M. Queiroz, **Os actos políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990. Uma interessante abordagem dos atos políticos pode ser encontrada em: Fernando Andrade de Oliveira, **Conceituação do direito administrativo**, RDA, 120:32-37.

(60) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle ...**, op. cit., p. 264.

(61) - Diz-se "fiscalização jurisdicional preventiva", porque ninguém desconhece que, em nosso país, o veto (aposto pelo Chefe do Executivo a projeto de lei aprovado pelo Legislativo) pode configurar mecanismo de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

(62) - MS 20.257-DF. RTJ, 99:1040.

(63) - RDA, 183:158.

(64) - Não há dúvida que as tentativas de quebra da "identidade" da Constituição, porque graves, desafiam pronta censura judicial. É o caso da proposta de emenda autorizativa da realização de plebiscito sobre a pena de morte. Caminhe-se um pouco para o absurdo: imagine-se proposta de emenda autorizativa da realização de plebiscito sobre a transferência, para o Executivo, do poder de

reforma constitucional. Ora, realizado o plebiscito, empolgada a nação pelo clima surrealista do fascismo e do bonapartismo, terá forças o Judiciário para pronunciar a nulidade das reformas aprovadas?

(65) - Kelsen (**Teoria pura do direito.** 4ª Edição. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 328) considera, inclusive, os atos de aplicação do direito como normativos. Tratam-se, então, de normas individuais. Diz o autor: "Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa, um estádio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até à decisão judicial e desta até à execução da sanção. Este processo, no qual o Direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstracto) para o individual (ou concreto). É um processo de individuação ou concretização sempre crescente". No presente estudo tomamos a norma com um sentido mais estreito. Chamaremos de norma apenas aquele ato do Poder Público, dotado das características de generalidade, impessoalidade e abstração.

(66) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, op. cit., p. 1009.

(67) - Idem.

(68) - Laband, Paul. *Le droit public de l'Empire Allemand*. Edição francesa. Paris, V. Giard et E. Brière, 1901.

(69) - Uma certa teorização (Raimond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Economica, 1948, p. 276) procura identificar a lei com a "regra de direito". Essa teorização parte do princípio de que lei é toda regra que cria direito, pouco importando se é geral ou não. Importa, sim, o fato de modificar a situação jurídica dos cidadãos. Distingue, portanto, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (**Princípios gerais de direito administrativo.** V. I - **Introdução.** Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 217), "as leis jurídicas, atos jurídicos que modificam os direitos dos particulares, dos preceitos gerais administrativos, de ordem técnica simplesmente, pertinentes à organização e funcionamento da Administração Pública". Aquelas seriam "regras de direito"; estas, por sua vez, seriam "simples regras".

(70) - Seguindo a tendência universal, não adota, a Constituição brasileira, um conceito material de lei. Terão força e forma de lei, para o Constituinte brasileiro, todos

os atos (então: legislativos) elencados no art. 59 da Lei Fundamental da República. Sobre isso consultar, entre outros, Clèmerson Merlin Clève (**Atividade ...**; op. cit., p. 67 e ss).

(71) - Seabra Fagundes, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 19-20.

(72) - Sobre a questão, oferecendo um importante inventário das posições doutrinárias a respeito, conferir Celso Agrícola Barbi (**Do mandado de segurança.** 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 141-151).

(73) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, op. cit., p. 1009.

(74) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle ...**; op. cit., p. 262.

(75) - RTJ 107:928. A decisão é anterior à Constituição de 1988.

(76) - RDA 145:131 e 140:41. RTJ 54:710; 55:662 e 89:367.

(77) - Um amplo panorama do debate, sobre essa questão, travado entre os constitucionalistas pode ser encontrado em Maurício Antônio Ribeiro Lopes (**Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993). Edvaldo Brito (**Limites da revisão constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993), Jair Eduardo Santana (**A revisão constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1.993) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**Revisão constitucional** *in*: **Constituição e Revisão. Temas de direito político e constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1991) oferecem interessantes abordagens sobre a problemática.

(78) - Temos sustentado essa posição. Pensamos que (i) o artigo 3º (revisão) não é dependente do art. 2º (plebiscito) do ADCT. Os dispositivos apontados, além de tratarem de matérias distintas, possuem origem distinta, já que decorrentes de emendas apresentadas por diferentes parlamentares-constituintes. Admitimos, também, que o art. 3º do ADCT institui mecanismo especial, a realizar-se por uma única vez, de reforma constitucional. Daí porque deve ser interpretado à luz do que dispõe o art. 60 da Constituição, que trata da reforma constitucional operada por meio de Emendas à Constituição. Prevalece, na revisão, a regra especial sobre a geral. Por isso que a revisão

encontra-se sujeita às limitações circunstanciais (art. 60, § 1º) e às limitações materiais (art. 60, § 4º). Nada dizendo, o art. 3º do ADCT, sobre isso, prevalecem as regras gerais. Não se submete, porém, às limitações procedimentais (art. 60, I, II, II e §§ 2º e 3º), porque o art. 3º do ADCT estabelece normas especiais a respeito do procedimento da revisão. Há, todavia, na revisão, uma limitação inexistente na reforma por Emenda. Trata-se da limitação temporal ("após cinco anos").

(79) - Recentemente, no caso do IPMF, tributo incluído na competência da União por Emenda à Constituição, o STF, mais uma vez, julgou-se competente para aferir a legitimidade da atuação do poder constituinte reformador.

(80) - Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1.984, p. 246. No mesmo sentido: Carlos Roberto de Siqueira Castro. **O Congresso e as delegações legislativas.** Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 148.

(81) - Assim decidiu o STF na ADin 295-3-DF (medida provisória). j. 22.6.90. Rel. Min. Paulo Brossard.

(82) - RTJ 44:54 e 62:819, RDA 125:89 dão uma idéia da ótica do STF sobre o assunto. O processo de revisão do papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito, todavia, já começou. O 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por exemplo, em decisão recente (RT 672:163. AI 324.366.0/00. 7ª C. j. 30.8.91, rel. Juiz Guerrieri Rezende), entendeu que os pressupostos deflagradores da medida provisória são passíveis de análise pelo Judiciário, uma vez que se encontram sistematicamente descritos e regrados na Constituição Federal.

(83) - Sobre isso, entre outros, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández. **Curso de direito administrativo.** Trad. por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.990.

(84) - O Tribunal Constitucional espanhol decidiu em 31.5.82, em recurso de inconstitucionalidade promovido contra o real decreto-lei de 19.6.81, que, "em princípio e com razoável margem de discricionariedade, é competência dos órgãos políticos determinar quando a situação, por considerações de extraordinária e urgente necessidade, requer o estabelecimento de uma norma por via de decreto-lei". Entretanto, admite sua competência, para, "em hipótese de uso abusivo ou arbitrário, rejeitar a definição que os órgãos políticos façam de uma situação determinada como caso de extraordinária e urgente necessidade, de tal

natureza que não possa ser atendida pela via de procedimento legislativo de urgência (...) as razões de extraordinária e urgente necessidade ...". Cf. Eduardo García de Enterría e ... op.cit., p. 175.

(85) - Clève, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa ...**; op. cit., p. 183.

(86) - Nesse sentido pronunciaram-se, entre outros, Celso Antonio Bandeira de Mello (**Perfil constitucional das medidas provisórias**. RDP 95:32), Eros Roberto Grau (**Medidas provisórias na Constituição de 1988**. RT 658:242), Marcelo Figueiredo (**A medida provisória na Constituição**. São Paulo: Atlas, 1991, pp.50-60) e Nagib Slaibi Filho (**Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais** Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 347-349. Em outro lugar (**A atividade ...**, op. cit., p. 184) tivemos ocasião de dizer que a "circunstância de o Congresso Nacional ter convertido a medida provisória em lei (embora sem a presença dos pressupostos habilitantes; embora tratando de matéria insuscetível de disciplina provisória; embora dispondo sbre este ou aquele tema de modo contrário à Constituição) não afasta o exercício do controle jurisdicional". Como lembra Marco Aurélio Greco (**Medidas provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.46), "se a medida provisória é inconstitucional, padece de vício de nulidade que a atinge desde o momento da adoção. Destarte, a conversão ocorrerá tendo em conta algo em si mesmo nulo". Portanto, a conversão em lei não sana o vício da medida provisória, que se mantém, e, como tal, pode ser, pelo Judiciário, reconhecido a qualquer tempo . Nesse sentido manifestou-se o Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região (DJU de 14.08.90).

(87) - Considera Gilmar Ferreira Mendes (**Controle ...**; op. cit., pp. 35-36) que a "*insindicabilità* dos atos *interna corporis* há de ser considerada *cum grano salis*. É que, como nota Canotilho, 'levada a extremo, esta doutrina excluiria a possibilidade do controle dos vícios relativos à formação da própria vontade legiferante e determinantes da própria existência da lei'. Daí admitir que órgão jurisdicional deva examinar a regularidade do processo de formação da lei, tendo em vista a constatação de eventual afronta à Constituição'".

(88) - Clève, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. op. cit., p. 133.

(89) - Rezek, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 388.

(90) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de ...**; op. cit., p. 266.

(91) - Considere-se o caso dos tratados normativos, tidos pela doutrina, como imunes à denúncia.

(92) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de ...**; op. cit., p. 265.

(93) - Calixto, Negi. **Temas de direito internacional privado**. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, s.d., p.11.

(94) - Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.263.

(95) - ADin nº 365, RTJ 134:558. ADin nº 566, DJU de 13.12.91.

(96) - ADin nº 519, DJU de 11.10.1991. Sobre os regulamentos conferir o nosso **Atividade legislativa ...**, op. cit., pp.215-256.

(97) - Tivemos ocasião de defender essa tese já em 1987 (**Três textos sobre política e direito**. Revista Sequência 14:82-92), quando preconizamos a criação, no direito brasileiro, de um contencioso objetivo da legalidade e da constitucionalidade dos atos normativos do Executivo.

É preciso lembrar que Portugal (art. 281, 1., b), c) e d), da Constituição Portuguesa) admite (competência do Tribunal Constitucional), nas hipóteses exaustivamente elencadas na Lei Fundamental, a fiscalização abstrata da legalidade de ato normativo, inclusive do Executivo.

Gilmar Ferreira Mendes, igualmente, postula a instituição, entre nós, de mecanismo objetivo de fiscalização da legitimidade dos regulamentos. Para o jurista (**Aspectos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos**. RTDP 02:273) é "certo que a inexistência de um sistema de controle judicial que permita a aferição da legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma desvalorização dos postulados da supremacia da Constituição, da própria supremacia da lei e da reserva legal.

A falta de um controle judicial expedito, nesses casos, pode tornar também flexível o princípio da divisão dos Poderes, permitindo assim afetar uma decisão fundamental do Constituinte. Pode-se afirmar, portanto, que a insistência do Supremo Tribunal Federal na preservação de

sua jurisprudência, que já era de consistência duvidosa na vigência da Constituição de 1967/69, poderá ter consequências sérias para a preservação do princípio do Estado de Direito, estabelecido no art. 1º, e para os princípios basilares da supremacia da lei e da reserva legal.

Por outro lado, é certo que a consolidação desse entendimento poderá levar, indubitavelmente, ao esvaziamento da vinculação da administração e da jurisdição aos direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição"

Se o Supremo Tribunal Federal mantiver esse entendimento, seria de se cogitar, eventualmente, de se atribuir, numa reforma constitucional, essa competência num processo de controle abstrato de normas ao STJ".

Nessa mesma linha manifestou-se, recentemente, Hugo de Brito Machado (**Ação declaratória de constitucionalidade.** RT, 697:36).

(98) - E, mais do que isso, desde que houvesse autorização legal. Lembra Anna Britto da Rocha Acker (**Poder normativo e regime democrático.** São Paulo: LTr., 1986, p. 53) que a jurisprudência era farta no sentido de que "o poder normativo da Justiça do Trabalho, depende de lei que autorize seu exercício, matéria a matéria, insistindo-se, inclusive, em que, ao admitir a inclusão de uma cláusula em sentença normativa está o Tribunal de origem obrigado a indicar o dispositivo legal que o autorize". E continua a autora: "características desse entendimento são as palavras do Min. Marco Aurélio Mendes Farias de Mello: 'Assim, impõe-se a aceitação, como verdadeira, da seguinte premissa: o poder normativo da Justiça do Trabalho mostra-se vinculado, só podendo ser exercido quando existente lei especificadora da hipótese'". Délio Maranhão (**Sentença normativa e piso salarial**, *in*: Revista LTr., nº 7-49/799, jul./1985), todavia, e, inclusive, a autora acima referida, possuem entendimento diverso.

(99) - Avellar, Luiz da Cunha. **Os dissídios coletivos à luz da Constituição de 1988.** *in*: Revista LTr., nº 3-55:326. O autor lembra, entretanto, que o poder normativo da Justiça do Trabalho não está acima do poder normativo do Congresso Nacional, por isso que não pode contrariá-lo. No mesmo sentido, manifestam-se Arion Sayão Romita (**Os direitos sociais na Constituição e outros ensaios.** São Paulo: Ed. LTr., 1991, p. 349) e Manoel Mendes de Freitas (**Poder normativo da Justiça do Trabalho - poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo - análise comparativa.** *in*: Revista LTr., nº 6-55:651) dentre outros. Aliás, esta parece ser a

única solução admitida pela interpretação sistemática da Constituição.

(100) - Sobre a natureza jurídica das convenções coletivas do trabalho, inclusive em outros países, consultar Amauri Mascaro Nascimento (**Direito do trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, pp.242-284).

(101) - É a seguinte a lição de Amauri Mascaro Nascimento (op. cit., p. 246):" O Estado admite a atividade normativa sindical, respeita-a, atribui-lhe efeitos e a considera parte integrante da ordem jurídica. Note-se, também, que, em face do seu efeito normativo, as convenções coletivas aplicam-se não apenas aos sócios dos sindicatos, mas a todos os membros da categoria. (...) Pode-se mesmo dizer que as convenções coletivas, em sua origem, se aproximam dos contratos, mas, em seus efeitos, pendem mais para o lado da lei, porque, da mesma maneira que esta, têm eficácia geral no âmbito do grupo ao qual se destinam". Ora, isso é impensável no domínio negocial, onde vigora, salvo poucas exceções (gestão de negócios, por exemplo), o princípio de que nenhum negócio jurídico pode obrigar terceiros.

(102) - Sussekind, Arnaldo *et alii*. **Instituições de direito do trabalho**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971, p. 371.

(103) - É necessário relativizar a afirmação. Em questão salarial o Estado muitas vezes estabelece percentuais máximos de reajuste ou reposição. Muitas vezes, o estrito controle sobre os índices de correção dos salários constitui importante capítulo da política econômica perseguida pelo Governo. Quanto aos acordos coletivos, celebrados por sindicatos representativos de categorias profissionais e uma empresa ou mais empresas da correspondente categoria econômica para estipular condições de trabalho aplicáveis ao âmbito da empresa ou das empresas, não há dúvida que assumem a mesma natureza das convenções coletivas. Não são, pois, mais uma vez, mero negócio jurídico com cláusulas normativas. É que, se os efeitos do acordo apanham apenas a empresa ou as empresas pactuantes, e não as demais da mesma categoria econômica, o mesmo não ocorre com o outro pólo do pacto laboral. Com efeito, as normas jurídicas ajustadas apanharão não apenas os trabalhadores filiados aos sindicatos, mas, afinal, todos aqueles que integram as respectivas categorias profissionais.

(104) - Admitindo nosso país os acordos coletivos concluídos pelo Estado com os seus funcionários

(devidamente representados pelos respectivos sindicatos), a afirmação poderá desafiar revisão. Sobre a negociação coletiva entre servidores e o Poder Público consultar: Roberto A. O. Santos, **Negociação coletiva com o Estado: condições jurídicas e sociais.** RTDP 02:43-57.

(105) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** , op. cit., p. 1011. Contra: Jorge Miranda, **Manual** ..., Vol. I, op. cit., p. 347.

(106) - RT 231:665, 231:665. RTJ 71:291, 76:538, 82:44, 95:993, 98:952, 99:544, 109:1220, 124:415. Após a Constituição de 1988 o Supremo manteve o seu entendimento. Conferir, entre outros, os seguintes julgados:

ADin nº 02, de 6.2.1992, Relator: Min. Paulo Brossard.
ADin nº 03, de 7.2.1992, Relator: Min. Moreira Alves.
ADin nº 07, de 7.2.1992, Relator: Min. Celso de Mello.
ADin nº 15, de 7.2.1992, Relator: Min. Paulo Brossard.
ADin nº 74, de 7.2.1992, Relator: Min. Celso de Mello.
ADin nº 129, de 7.2.1992, Relator: Min. Francisco Rezek
ADin nº 516, de 7.2.1992, Relator: Min. Octácio Gallotti.

(107) - Paulo Brossard (**A Constituição e as leis a ela anteriores.** Arquivos do Ministério da Justiça nº 180:125-148) faz um inventário da literatura jurídica a respeito da questão.

(108) - Especialmente na ADin nº 2. DJU de 12.2.92.

(109) - Idem.

(110) - Dimensão material, porque, como já foi dito, em princípio, a inconstitucionalidade formal superveniente não é bastante para autorizar a invalidade da norma.

(111) - **Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos.** Arquivos do Ministério da Justiça nº 180:149-174.

(112) - Idem, p. 151.

(113) - Ib.Id. p. 151.

(114) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, op. cit. p. 837.

(115) - Idem, p. 837.

(116) - Sepúlveda Pertence, José Paulo. op. cit., p. 162.

(117) - Idem, p. 164.

(118) - Ib.id., p. 168.

(119) - Ib.id., p. 169.

(120) - Na Alemanha, segundo Gilmar Ferreira Mendes (**Controle de** ...; op. cit., pp. 75-76), "os juízes e tribunais ordinários não estão compelidos a submeter ao *Bundesverfassungsgericht* as questões atinentes à compatibilidade entre o direito anterior e a Lei Fundamental, uma vez que não se vislumbra qualquer risco para a autoridade do legislador constitucional. E essa autoridade não seria afetada em caso de simples constatação de incompatibilidade segundo o princípio *lex posterior derogat priori*. Ao revés, o controle abstrato de normas, previsto no art. 93, par. 1º, nº 2, da Lei Fundamental, pressupõe divergência ou dúvida sobre a compatibilidade formal ou material de direito federal ou estadual com a Lei Fundamental, pode ter como objeto direito anterior ou superveniente à Constituição".

O direito português admite expressamente a inconstitucionalidade superveniente (Art. 282, 2., da Constituição). Para Canotilho (**Direito constitucional**, 4ª Edição, Coimbra: Almedina, 1989, p. 837) "o facto de as leis ordinárias anteriores inconstitucionais terem deixado de vigorar com a entrada em vigor da Constituição não significa a inutilidade de uma declaração expressa de inconstitucionalidade a efectuar pelo órgão com competência para esse efeito".

Na Espanha, Eduardo García de Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid; Civitas, 1985, p.94) advogou a fórmula do monopólio, pelo Tribunal Constitucional, da fiscalização da "inconstitucionalidad sobrevenida". Não foi esta, todavia, a solução adotada pela Corte Constitucional. Esta admitiu uma uma fórmula de partilha de competência entre o Tribunal Constitucional e a magistratura ordinária, por isso que "*puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad*". Para Eduardo García de Enterría (op.cit., p. 90), o Tribunal "*insiste en la fórmula de la doble vía de enjuiciar las leyes preconstitucionales: <<la derogacións del Derecho positivo anterior por la fuerza normativa de la Constitución en cuanto norma ... es una cuestión que obviamente pueden resolver por sí solos los jueces ordinarios. Mas es claro también que pueden someterla a este Tribunal por la vía de los artículos 35 y seguientes de la Ley Orgánica del mismo y si la cuestión le es propuesta el Tribunal deberá resolverla, porque no deja de ser, bajo uno y otro prisma*

una cuestión de inconstitucionalidad, ya que el artículo 35 parte de la premisa de que la solución del problema se le presenta al Juez como dudosa.>> La diferencia entre una y otra vía es clara: la Sentencia del Tribunal Constitucional resuelve definitivamente el problema, de modo que <<todos los poderes del estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos jurisdiccionalis surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto>>".

Na Itália, a Corte Constitucional decidiu ser competente para resolver sobre a inconstitucionalidade das leis anteriores à Constituição. Para o Tribunal, a eventual incompatibilidade da lei em face da Constituição sobrevinda resolve-se não pela revogação, mas sim admitindo-se a ilegitimidade constitucional superveniente. A jurisdição ordinária, assim como a quase unanimidade da doutrina aceitaram a solução.

(121) - Lembra Ronaldo Poletti (op. cit., p. 166) que "pela inconstitucionalidade e não pela revogabilidade, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em outros tempos". RE 17.961-SP, Ementário do STF 112-1, p. 193 e ss. Rel. Min. Orozimbo Nonato.

(122) Poletti, Ronaldo. op. cit., p. 177.

(123) - RTJ 95:995, 127:776, 128:515, e RDA 138:116.

(124) - Representação nº 1.642, DJU de 27.10.88.

(125) - Representação nº 1.556. RTJ 128:1063. RTJ 129:61.

(126) - Salvo as hipóteses que serão consideradas adiante.

(127) - Bachof, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Atlântida, 1977.

(128) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de ...**; 11ª edição, op. cit., p. 99. Sobre a noção de "compromisso" na teoria constitucional consultar José Joaquim Gomes Canotilho, **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, pp. 137-143.

(129) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p.99.

(130) - Alguns autores pretendem que, embora situando-se no mesmo patamar hierárquico, as normas constitucionais distribuem-se de acordo com certa gradação axiológica . É o

caso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (**A ordem econômica na Constituição de 1988**. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 42:57-59). Outros pretendem encontrar na Constituição uma distribuição hierárquica de princípios. Nesta linha inclui-se, v.g., José Souto Maior Borges (**Pro-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais**. RTDP 01:140-146).

(131) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito...**; 5ª Edição, op. cit., p. 196.

(132) - Bastos, Celso Ribeiro. **Curso de ...**; 11ª Edição, op. cit., p. 99.

(133) - Diniz, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.43.

(134) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Edição, op. cit., p. 1001.

(135) - Idem, p. 1001. Também: Gilmar Ferreira Mendes (**Controle de ...**; op. cit., p. 268.

(136) - RTJ 103:1.062.

(137) - RTJ 105:490 e 87:204. Nesse sentido: José Afonso da Silva (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 238), Souto Maior Borges (**Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 27) e Nelson de Souza Sampaio (**O processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 34).

(138) - Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito ...**; 5ª Edição, op. cit., p. 1002.

(139) - Melhor seria que o Constituinte fizesse uso da locução **procedimento legislativo** (art. 59 da CF).

(140) - Alencar, Ana Valderez Ayres Neves de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, nº 57:260-305.

(141) - Os países que admitem a fiscalização preventiva da constitucionalidade fixam, todavia, prazos para a provocação do órgão competente. Em Portugal, nos termos do art. 278.3., da Constituição, a apreciação preventiva deve ser requerida no prazo de cinco dias a contar da data da recepção do diploma. Por outro lado, mesmo na fiscalização sucessiva, a provocação do Tribunal Constitucional pode

estar submetido a certos prazos. Apanhe-se o caso da Espanha. Neste país a fiscalização abstrata pode ser provocada, apenas, no prazo de três meses desde a publicação da lei, segundo dispõe o art. 33 da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Conferir: Eduardo García de Enterría (op. cit.,p. 138).

(142) - A Lei nº 4.337/64 , art. 6º, fala em três votos. Como o RISTF dispunha de força de lei no contexto da Constituição de 1967/69, prevalece o disposto nele.

(143) - Castilho Neto. Arthur de. op. cit., p. 39.

(144) - Soares, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Direito Público e sociedade técnica**, Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

(145) - Segundo Gerhard Leibholz (*Problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1.971, p. 35), o Estado Social é igualmente um Estado Administrativo, já que o Executivo maneja dinheiro, executa serviços, constrói obras públicas, controla o câmbio e a moeda, oferece títulos públicos para arrecadar fundos ou para controlar a economia, fiscaliza as instituições bancárias, nacionaliza empreendimentos ou privatiza atividades do Estado. Ou seja, o Estado age, hoje, mais por meio da administração (atos e contratos administrativos) do que propriamente por meio da lei, embora esta seja mais utilizada que antes, tendo, por isso, sofrido um processo de relativa banalização.

(146) - Mesmo que não decorrente do aumento das alíquotas. O princípio da anterioridade encontra-se inscrito no art. 150, III, b, da Constituição Federal.

(147) - Castilho Neto, Arthur de. op. cit., p. 39. Segundo o autor "deve-se permitir, ainda, a realização de provas técnicas nas situações excepcionais em que a Corte Constitucional, por seu perfil e suas específicas atribuições, não possa atingir a verdade real. Em suma, para dar ao STF e a seus Ministros condições efetivas para exercer a sua nobre e importantíssima função de "guardião da Constituição Federal".

(148) - Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Comentários à Constituição brasileira**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 35) "de grande importância, porém, foram as Emendas Constitucionais nº 7 e nº 8, respectivamente de 13 e 14 de abril de 1977. Tais Emendas foram outorgadas pelo Presidente da República, depois de ter ele posto em recesso o Congresso Nacional, com base em norma do Ato Institucional nº 5, pelo Ato Complementar nº

102, de 1º de abril de 1977. Para essa outorga, invocou-se como fundamento a norma contida no § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, que autorizava o Poder Executivo a legislar sobre todas as matérias, estando decretado o recesso do Congresso Nacional. É verdade que o art. 46 da Constituição inclui no "processo legislativo" a edição de Emendas Constitucionais, conquanto seja de técnica deficiente como já se apontou neste livro, desde a 1ª edição. Entretanto, não se confundindo o poder de legislar com o poder constituinte de revisão, a constitucionalidade de tais Emendas era duvidosa, como não faltaram juristas a denunciar. A primeira dessas Emendas continha a chamada "Reforma do Judiciário". Havia sido ela elaborada com a colaboração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas fora repelida pelo Congresso Nacional, mormente em razão de acerbas críticas contra ela dirigidas por setores do Judiciário. Apesar disso, e apesar da alegada inconstitucionalidade, os Tribunais a ela deram cumprimento".

(149) - RDA, índice analítico, p. 09. Também: RTJ 101:928 e 102:480. Por outro lado, é preciso dizer que não parece ser compatível com o disposto no art. 97 da Constituição Federal, a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por decisão monocrática. Assim como o ato normativo do Poder Público somente pode ser declarado inconstitucional com a manifestação, nesse sentido, da maioria absoluta dos membros do STF, a concessão da liminar, que implica a sustação dos efeitos prospectivos da normativa impugnada, deve seguir a mesma sistemática. Não parece ser razoável a concessão de liminar, por um único Ministro do STF, sustando os efeitos de lei aprovada por mais de quinhentos deputados, mais de oitenta senadores e sancionada pelo Presidente da República. É evidente que a possibiliade de concessão de liminares por um único Ministro pode dar lugar a abusos, bem como a atritos desnecessários entre os Poderes da República, quando não a crises de natureza política, como aquela experimentada, recentemente, pelo país. Está-se a referir ao episódio da liminar concedida, pelo Ministro Marco Aurélio Farias de Mello, sustando a execução da resolução do Congresso Nacional que trata da revisão constitucional. Instalada a crise, foi necessária a atuação do Pleno para, em virtude de recurso interposto, revogar a concedida liminar.

(150) - RTJ 124:80. RDA 171:188.

(151) - Representação 1.431-2, DJU 24.6.88 (p. 16.112).

(152) - Moreira Alves, José Carlos. **A Evolução do ...**, op. cit., p. 13.

(153) - RTJ 120:64.

(154) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução do...**; op.cit., p. 13.

(155) - **Anais da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais europeus**. Lisboa: 1987, I, p. 69. O STF já se manifestou nesse sentido no RE nº 105.012-8, Rel. Min. Néri da Silveira. DJU 01.07.88.

(156) - É necessário relativizar a afirmação. Já vimos que o STF, ultimamente, vem admitindo a reclamação no caso de descumprimento frontal de decisões proferidas em ações diretas (Reclamação nº 173. RTJ 131:11).

(157) - Ação Direta de Constitucionalidade nº 01. Voto do Ministro Moreira Alves (p. 16) .

(158) - Representação nº 1348. Rel. Min. Célio Borja. RTJ 124:59.

(159) - Ação Direta de Constitucionalidade nº 01. Voto do Ministro Moreira Alves (p. 17).

(160) - O artigo 94 da Lei Fundamental alemã trata do Tribunal Constitucional dispondo que "Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. ...". A Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal trata da questão no § 31.2. Mas a Lei Orgânica referida conferiu, também, às decisões da Corte Constitucional, efeito vinculante (§ 31.1).

(161) - **Anais**, op. cit., p.68.

(162) - Idem.

(163) - Salvo, após a Emenda Constitucional nº 03/93, na ação direta de constitucionalidade.

(164) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução ...**;op. cit., p. 09.

(165) - Não pensa assim, todavia, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (**Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992).

(166) - Buzaid, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1958. Sustenta o autor (op. cit., p. 128) que "apesar do brilho com que tão

eminentes mestres procuraram atribuir caráter constitutivo à decisão que decreta a inconstitucionalidade, a nós nos parece que os seus ensinamentos não podem ser aplicados ao direito brasileiro, construído segundo condições peculiares à tradição americana, inteiramente diversa da linha de evolução do pensamento europeu. Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável". É preciso lembrar, entretanto, que a partir de 1965 , com a decisão prolatada no caso *Linkletter*, a Suprema Corte americana passou a admitir, em certas situações, a declaração de inconstitucionalidade com efeitos meramente prospectivos (sem a produção de efeitos retroativos, portanto). A respeito: Eduardo García de Enterría. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. RDP, 92:06.

(167) - Na ação direta interventiva, com efeito, não há pronúncia da nulidade do ato impugnado. A decisão do Supremo Tribunal Federal (ou do Tribunal de Justiça, no caso da representação prevista na Constituição Estadual) apenas autoriza a decretação, pela autoridade competente, da intervenção federal ou estadual.

(168) - Contra: Hans Kelsen (**Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Universidade de Brasília, 1990, pp.157-159), que influenciou a arquitetura da Corte Constitucional austríaca; Pontes de Miranda (**Comentários à Constituição de 1946**. Vol. V, Rio de Janeiro: Cohen Editores, 1947, pp. 292 e ss.) e P. Calamandrei (*La illegittimità constituzionale delle leggi nel processo civile* . Pádova, 1950, p. 72). No Brasil, atualmente, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (**Efeitos ...**; op. cit.) sustenta essa posição.

(169) - RTJ 89:367, 87:758, 82:791, e 102:671.

(170) - op. cit., p. 131.

(171) - Dispõe o art. 282 da Constituição Portuguesa:

"1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal

posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguído.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nº 1 e 2".

Sobre os efeitos da inconstitucionalidade no direito português, conferir especialmente: Marcelo Rebelo de Sousa, **O valor jurídico do acto inconstitucional**, I, Lisboa: s.e., 1988.

Na Espanha, a Constituição, no art. 161.1.a), dispõe que "*la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica com rango de ley, interpretada por la jurisprudência, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias reciadas no perderán el valor de cosa juzgada*". Por sua vez, o art. 40 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, pressupondo a aplicação retroativa da decisão de inconstitucionalidade (nulidade), estabelece como limite à retroatividade as sentenças com força de coisa julgada, salvo no caso das sentenças penais ou contencioso-administrativas referentes a um procedimento sancionador, quando a regra que resulte como consequência da nulidade da norma aplicada seja mais favorável ao condenado que esta.

(172) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Aspectos da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos**, RTDP nº 2:276.

(173) - RTJ 2:386, 3:760, 41:669. RDA 140:49. RT 384:91. Conferir: José Celso de Mello Filho, **Constituição Federal anotada**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 346. Na doutrina, contra a possibilidade de recusa, pelo Executivo, de aplicar a lei após a Constituição de 1988: Alexandre Camanho de Assis (**Inconstitucionalidade de lei - Poder Executivo e repúdio de lei sob a alegação de inconstitucionalidade**. RDP 91:117-122). Também os Tribunais de Contas podem apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (Súmula 347 do STF). Lembra José Celso de Mello Filho (op.cit., p. 348), contudo, que "a jurisdição exercida pelo Tribunal de Contas é uma jurisdição administrativa, que se caracteriza pela

revisibilidade de suas deliberações pelo Poder Judiciário. Nesse sentido: RDA, 47:182, 48:307, 63:215; RT, 224:341, 253:330, 357:466".

(174) - Nos termos do art. 111, III, da **Constituição do Estado do Paraná**, o Prefeito Municipal pode propor ação direta de inconstitucionalidade apenas quando o ato impugnado for local. A Constituição do Estado de São Paulo (art. 90, II,) confere ao Prefeito legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face da Constituição Estadual, "no âmbito de seu interesse".

(175) - No caso do Estado do Paraná a hipótese guarda sentido, pois o Prefeito não dispõe de legitimidade para contestar a constitucionalidade de lei estadual em face da Constituição do Estado. Não, assim, todavia, no caso do Estado de São Paulo.

(176) - RDA 59:339.

(177) - Mello Filho, José Celso de. **Constituição Federal anotada**, op. cit., p. 349.

(178) - Representação nº 1.077-RJ, RTJ 101:503.

(179) - Sim, porque conquanto o STF não esteja, na fiscalização abstrata, vinculado à causa de pedir, permanece, sempre, vinculado ao pedido.

(180) - Canotilho, José Joaquim Gomes e Moreira, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada"**, op. cit., p. 1040. "Desde que possível", porque, o que deve ser levado em conta, o STF não admite, na ação direta, a aferição da constitucionalidade das normas pré-constitucionais (inconstitucionalidade superveniente).

(181) - RE 79.343-BA. Rel. Min. Leitão de Abreu. RTJ 82:791.

(182) - RTJ 97:1369.

(183) - RTJ 100:1086 e RTJ 71:570.

(184) - **Controle de ...**; op. cit., p. 280.

(185) - Trata-se de dar aplicação ao disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal ("A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu").

(186) - Segundo Ronaldo Poletti (op. cit., p. 119), "as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta a resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é, que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações, como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social, etc. Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente isto acontece, pelos Tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição da justiça". É necessário, todavia, certa dose de criatividade (F. Rubio Llorente. *La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho*. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, 1988, nº 22, pp. 36 e ss.).

(186.a) - A Suprema Corte Americana, em determinados casos, desde 1965, concede à decisão declaratória de inconstitucionalidade, não mais do que efeito prospectivo. Anota Eduardo García de Enterría (*Justicia constitucional...*, op. cit., p.06) que *El Tribunal Supremo americano, pionero en el control judicial de las Leyes, que implantó sin mención expresa de la Constitución em 1801, no formuló la doctrina prospectiva, sin embargo, hasta 1965, Sentencia Linkletter . el señor Linkletter había sido condenado sobre un tipo de pruebas que posteriormente a su condena firme el Tribunal Supremo (Sentencia Mapp, 1961) había declarado contrarias al principio due process of law de la Constitución. Apoyandose en esta declaración, Linkletter pidió la revisión de su condena. La Sentencia de 1965 rechazó su pretensión. Lo hace con fundamento explícito en que "la Constitución ni prohíbe ni exige el efecto retroactivo" (...); que para decidir la aplicación retroactiva deben 'ponderarse las ventajas y los inconvenientes de cada caso', y en particular desde la perspectiva de la eficacia misma de la doctrina establecida por la declaración de inconstitucionalidad. Aplicando este criterio, la Sentencia valoró que la aplicación retroactiva de esa doctrina sobre la inadmisión constituconal de ciertas pruebas supondría 'abrumar hasta el extremo a la Administración de justicia', puesto que ésta tendría que revisar virtualmente todas (o en gran número) las condenas en curso de ejecución, cuandoya habrían desaparecido los testigos directos y la posibilidad de nuevas valoraciones del conjnto de las pruebas restantes, y que este serious disrupt o desorganización profunda de la Administración de*

justicia debía evitarse. El efecto de la declaración de inconstitucionalidad se remitió, pues, a la fecha de la misma, esto es, para el futuro, prospectivamente.

Esta doctrina ha sido luego mantenida con resolución, aunque previa una valoración excepcionalmente ponderada de cada caso. Se entiende resumida en la Sentencia Stowall, de 1967, que ha enumerado así los criterios para aplicar da doctrina prospectiva: "a) La finalidad de que se establezcan nuevos criterios normativos; b) La extensión de la confianza en los anteriores criterios interpretativos por parte de las autoridades que aplican el Derecho; y c) El efecto sobre la Administración de justicia que podría producir una aplicación retroactiva de los nuevos criterios normativos". Eduardo García de Enterria (op.cit.,p. 11) observa, também, que nos Estados Unidos, "aun antes de la invención de la doctrina prospectiva así lo había observado ya el tribunal Supremo americano, negándose a ordenar la devolución de impustos inconstitucionales ya pagados (...). Se multiplicaron las razones: el contribuyente ha recibidolos beneficios de los gastos públicos financiados con el dinero del Impuesto, disrupt governmental finance (desorganización de las finanzas gubernamentales), sentido de la seriedad en las transacciones consumadas, que se requiere una intervención del legislativo para obligar al pago a un ente público etc. etc. Sólo se admite la devolución a quien hubiese pagado bajo protesta o en vía de ejecución forzosa. Field asegura que este criterio se ha formado a través de cientos de casos en que impuestos nacionaliies o estatales han sido declarados inconstitucionales. 'No hay tradición en los Estados Unidos de que los impuestos ilegalmente obtenidos deban ser reintegrados o devueltos y el Derecho ha hecho sólo progresos torpemente para que aprezca tal exigencia'".

Na Espanha onde, como no Brasil ou nos Estados Unidos, admite-se a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade, recentemente o Tribunal Constitucional (Sentencia nº, de 20 de fevereiro), conforme noticia o autor acima referido (op.cit., p.14), seguindo a experiência americana, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal (tratando a respeito do imposto sobre a renda) mas, todavia, impondo apenas a produção de efeitos prospectivos.

(187) - Artigo 282.2, da **Constituição portuguesa.**

(188) - **Anais**, op. cit., p. 71. Lembra Gilmar Ferreira Mendes (**A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei -** *Unvereinbarkitser Klarung* **-**

na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã. Revista de Informação Legislativa, 118:63) que "A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de discrição para dispor sobre as consequências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, VII, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei (art. 140, V e VII). Essa possibilidade de dispor sobre as consequências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco".

(189) - **Anais**, op. cit., p. 71. No caso da Alemanha, é preciso ver que, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ("simples incompatibilidade"), criada pela jurisprudência, encontra-se, desde 1970, prevista na Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal.
Nos termos da referida Lei, a Corte Constitucional pode declarar a (i) constitucionalidade, a (ii) inconstitucionalidade com pronúncia da nulidade e a (iii) inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade de uma lei.

(190) - Quem, no Brasil, produziu estudos mais aprofundados sobre a questão foi Gilmar Ferreira Mendes . Do autor, conferir especialmente, "O apelo ao Legislador - **Appellentscheidung** - na práxis da Corte Constitucional alemã". Arquivos do Ministério da Justiça 179:81-111, **A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania**, RDA 191:40-66; **A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei -** *Unvereinbarkeitserklarung* - na jurisprudência da Corte Constitucional alemã". Revista de Informação Legislativa 118:61-84 e **Controle da constitucionalidade na Alemanha**, RDA 193:13-32.

(191) - Como na Itália, por exemplo. A respeito: José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional**, 5ª Edição, op. cit., p. 1087.

(192) - Idem.

(193) - Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 262-271. O autor demonstra, com apoio nas lições de Klaus Stern, que com a simples declaração da incompatibilidade da lei com a Constituição sem a pronúncia de sua nulidade o Tribunal Constitucional apenas constata a existência de uma colisão com a Lei Fundamental, para exortar "o legislador a restabelecer a compatibilidade constitucional. Com este

'apelo' ao legislador, se vinculam, ao mesmo passo, com frequência, 'diretivas' de como o legislador tem que legislar". Para Paulo Bonavides (op. cit, p. 267) já "não se trata simplesmente de uma saída hermenêutica pelo método de 'interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) para declarar inconstitucional uma lei unicamente se não for possível por nenhuma via preservá-la incontaminada do vício irremovível, mas de não declarar em qualquer hipótese e em todos os casos por inválida uma norma que é inconstitucional, ou seja, sem primeiro fazer, em face de situações concretas e sobremodo complexas, um 'apelo' vinculado a 'diretivas' para obter do legislador uma atividade subsequente que torne a regra inconstitucional compatível com a Constituição. Nesse ínterim, poderá a Corte manter ao mesmo passo a provisória validade da lei. Evitar-se-ia, por conseguinte, que a norma, após a constatação judicial de inconstitucionalidade, fosse de imediato retirada da ordem jurídica". É evidente que o direito brasileiro não admite em princípio, salvo a hipótese da ação direta interventiva, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Talvez seja possível, como sustenta Gilmar Ferreira Mendes, admitir, entre nós, tal modalidade nos casos de omissão parcial de medida normativa constitucionalmente exigida. Falaremos sobre isso quando tratarmos da ação direta para suprimento de omissão. É preciso ver que a "simples declaração de incompatibilidade da norma" pode conter também um "apelo ao legislador"; uma exortação para que ele regule corretamente determinada matéria dentro de certo prazo. Nem por isso, todavia, a "declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade" pode ser confundida com o "apelo ao legislador". É que, ensina Gilmar Ferreira Mendes (**A declaração de inconstitucionalidade sem a ...**, op. cit., p. 66), "enquanto a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade contém uma declaração de inconstitucionalidade, o "apelo ao legislador" configura peculiar sentença de rejeição de inconstitucionalidade". Sobre o tema, também: Jean-Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*. Paris: Economica, 1982, pp. 273 e ss.

(194) - A Corte Constitucional, neste caso, declara constitucional a norma impugnada mas, ao mesmo tempo, alerta que ela encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. Ou seja, a alteração das circunstâncias fáticas ou mesmo da compreensão do significado da Lei Fundamental pode implicar, para a norma, o inserir-se num processo de "inconstitucionalização". Trata-se, para o órgão legislativo, de alterar a normativa para o fim de adaptá-la às novas coordenadas impostas pela

experiência jurídica, evitando, com isso, a inconstitucionalidade. Esta técnica de decisão configura uma das hipóteses autorizativas do "apelo ao legislador". O direito brasileiro pode aceitar esta técnica de decisão apenas no caso de a norma impugnada não ser ainda inconstitucional. Se a norma já é inconstitucional (o "processo de inconstitucionalização" chegou a ser termo final), no sistema brasileiro, não há como possa o STF, se provocado, decidir em contrário (o que implicará, como é óbvio, a pronúncia da nulidade da norma).

(195) - Na jurisprudência alemã as decisões de "apelo ao legislador" (*Appellentscheidungen*), segundo Gilmar Ferreira Mendes ("O apelo ao Legislador - **Appellentscheidung** - na **práxis** da Corte Constitucional alemã". Arquivos do Ministério da Justiça nº 179:92) "formam uma constelação fortemente diferenciada ..., o que dificulta a sistematização mais precisa dessa categoria. Esses diferentes tipos podem ser identificados também, sob uma forma mista. Não obstante, afigura-se possível designar, com alguma segurança, pelo menos três grupos típicos dessa categoria:

- apelo ao legislador em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas;
- apelo ao legislador em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar;
- apelo ao legislador em virtude da falta de 'evidência' de inconstitucionalidade".

A primeira hipótese pode coincidir com a declaração da constitucionalidade da norma que, todavia, encontra-se em trânsito para a inconstitucionalidade. A segunda hipótese pode cobrir, de certo modo, as situações tuteladas pela nossa ação direta de inconstitucionalidade por omissão (inexistente, enquanto ação específica, na Alemanha). Mas com uma diferença: - na decisão de "apelo ao legislador", argumenta o jurista, a Corte Constitucional reconhece que "a omissão legislativa revela-se ainda constitucional (...), enfatizando o dever do legislador de promulgar as providências reclamadas". A terceira hipótese, desconhecida pelo direito brasileiro, é utilizada, na jurisprudência alemã, para, segundo o autor citado, "infirmar a configuração de inconstitucionalidade, sustentando-se a inexistência de elementos corroboradores da evidência da colisão normativa no momento da elaboração da lei. Não se poderia, assim, afirmar com segurança, se o legislador estaria em condições de identificar o estado de inconstitucionalidade". Em todas as hipóteses, a Corte Constitucional faz um "apelo" ao Legislador, para que solucione o estado de coisas referido na sua decisão.

O Tribunal Constitucional Espanhol também já teve oportunidade de fazer uso da técnica da "decisão de apelo ao legislador". Com efeito, exemplo (precedente) de *sentencia exhortatoria*, encontra-se na decisão 108/1986, que tratou a respeito da constitucionalidade da Lei Orgânica do Poder Judiciário de 1985. Nessa decisão o Tribunal Constitucional definiu que "*la existencia y aun la probabilidad de ese riesgo (de llevar la ducha de partidos al seno del Poder Judicial), creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este tribunal que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución*". O apelo não foi, todavia, suficiente para sensibilizar a maioria residente no Legislativo. A respeito: Eduardo García de Enterría, *Justicia constitucional: la doctrina* ..., op. cit., p. 09.

(196) - Moreira Alves, José Carlos. **A Evolução do ...**, op. cit., pp. 01-14.

(197) - Castilho Neto, Arthur de . op. cit., p. 14.

(198) - RTJ 82:55, 115:993 e 117:466.

(199) - Representação de inconstitucionalidade nº 1.417-7-DF, j. em 09.12.1987, RT CDCCP 02:315-332. Sobre a "interpretação conforme" consultar (i) no direito alemão: Ernst Friesenhahn (*La giurisdizione costituzionale nella Reppublica Federale Tedesca* . Milano: Giuffrè, 1973, p. 92); (ii) no direito espanhol: Eduardo García de Enterria (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 95); (iii) no direito italiano: Nicolá Jaegger (*Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1958, pp.364-383), Luigi Montesano (*Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1958, pp. 524-534) e Gustavo Zagrebelsky (*La giustizia costituzionale*. Bologna: Mulino, 1977, p. 188); (iv) no direito português: Jorge Miranda (**Manual de direito constitucional**, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 232 e José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional**. 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 1991, p. 235 e (v) no direito brasileiro: Paulo Bonavides (**Curso de direito constitucional**, 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 431) e Celso Ribeiro Bastos (**Curso de direito constitucional**. 11ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1.989, p. 101).

(200) - Moreira Alves, José Carlos. **A evolução ...**; op.cit., p. 10.

(201) - Para superar esse problema o Supremo Tribunal Federal vem, ultimamente, incorporando a declaração de inconstitucionalidade na parte dispositiva da decisão (ADin nº 319-4, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 30.04.1993)

(202) - Representação de inconstitucionalidade 1.417-DF (RT CDCCP 01:320). O Ministro Moreira Alves, no Relatório, reproduzindo considerações desenvolvidas pela Procuradoria-Geral da República, lembrou que: "Não obstante a sua boa fundamentação teórica, a prática do princípio da interpretação conforme à Constituição tem suscitado graves problemas, dada a estrutura dos sistemas europeus de controle concentrado. De fato. Na Itália sérias objeções se têm posto às *sentenze interpretative di rigetto*, ligadas particularmente à carência de eficácia delas para impor a observância, na aplicação subsequente da lei, daquela interpretação que, a juízo da Corte Constitucional, seria a única capaz de harmonizá-la com a Constituição (Cf., p. ex., Mauro Cappelletti, *Prononce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, na *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I/135, *Sentenze condizionali della Corte Costituzionale*", *ib. idem*, 1957, p. 88, e *La pregiudizialità costituzionale* ... cit, p. 28 e nota 49; Luigi Montesano, **Norma e formula legislativa** ..., cit; Nicola Carulli, *Le due sentenze della Corte Costituzionale in materia di istruzione sommaria*, em Studi in Onore de F. Antolisei, 1965, p. 147; Pierandrei, *Corte Costituzionale* cit., p. 982; G. Zagrebelsky, *La Giustizia Costituzionale*, cit., p. 186).
O ponto de partida das objeções está menos na negativa genérica da eficácia de *res judicata* às decisões que rejeitam a arguição de inconstitucionalidade do que, em particular, na ausência de força vinculante da sua motivação, na qual se insere a interpretação condicionante da afirmação da constitucionalidade da lei".

(203) - A Corte Constitucional alemã, todavia, como lembra Gilmar Ferreira Mendes (**A ação direta de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993.** inédito, p. 45), "sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), previsto no § 31,I, da Lei Orgânica do Tribunal como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte) exatamente por tornar obrigatória não apenas a observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos chamados fundamentos determinantes (*Tragende Grunde*)".

(204) - Mendes, Gilmar Ferreira. **Controle de ...**; op. cit., p. 284.

(205) - ADin nº 491-AM, RTJ 137:90.

(206) - Castilho Neto, Arthur de. op. cit., p. 18.