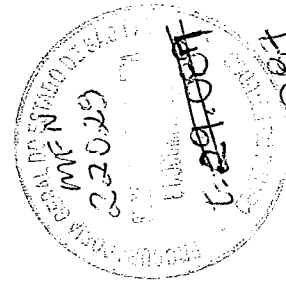


Aos colegas do *Centro de Estudos*  
frequentes do *Biblioteca*  
do *Centro de Estudos*,  
opere-se esta *contribuição*  
aperfeiçoamento do sistema  
de controle brasileiro.  
S. Paulo, 24/05/10.

Controle de  
**CONSTITUCIONALIDADE**  
Elival da Silva Ramos no Brasil  
perspectivas  
de evolução



T=29.007

342:340.12(6)

2010



Constituinte desde a década de sessenta<sup>684</sup>, por ocasião da reforma do Judiciário encetada pela EC n. 26/65, anteriormente, pois, à introdução da ação direta de inconstitucionalidade genérica. A criação do Superior Tribunal de Justiça, que ficou com parcela da competência jurisdicional da Suprema Corte, não lhe reduziu a sobrecarga de trabalho, porquanto, por efeito, em parte, da mesma Constituição que criou aquela outra corte, cresceu (e muito) a litigiosidade, estimulada pela maior consciência de direitos e pela instituição de novos instrumentos de acesso à Justiça<sup>685</sup>. Além disso, as muitas décadas de atuação morosa do Judiciário brasileiro acabaram sedimentando a cultura do uso do processo para o retardo no cumprimento de obrigações, e isso tanto por parte de pessoas privadas como de pessoas públicas, o que tem desestimulado a busca de soluções extrajudiciais de controvérsias. Por tudo isso, estabeleceu-se como requisito de admissibilidade de recurso extraordinário a demonstração, pelo recorrente, da "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso", podendo o STF recusar o recurso pela manifestação de dois terços de seus membros (§ 3º do art. 102).

Com o mesmo objetivo e, certamente, prestando-se a maior polêmica, instituiu a EC n. 45/2004 à Constituição de 1988, mediante o acréscimo do art. 103-A, a chamada súpula vinculante, que interfere com a fiscalização jurisdicional de constitucionalidade na medida em que, versando necessariamente sobre matéria constitucional, permite ao Supremo Tribunal Federal estabelecer a validade de ato legislativo questionado em face da Lei Maior, com efeito vinculante idêntico ao das decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. A natureza e a repercussão desse novo mecanismo, em relação ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, serão examinadas no item 41, da Seção I, do Capítulo III.

684 Veja-se o item 27, *retro*.

685 Além dos remédios constitucionais clássicos, que sofreram alguma ampliação, mencione-se: a ação civil pública; a substituição processual reconhecida às associações para a representação judicial de seus filiados (art. 5º, XXI, da CF); a criação da Defensoria Pública (art. 134 da CF) etc.

SUMÁRIO: 30. A importância secundária do controle político. 31. Controle difuso. 32. O caráter misto do sistema em relação aos métodos de controle. 33. Eficácia objetiva e subjetiva das decisões de controle. 34. "Decifra-me ou te devoro": a cláusula do efeito vinculante e seu significado. 35. Sanção de nulidade: implicações e tentativas de atenuação. 36. Controle da omissão legislativa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 37. Enfim, a paraceia: a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

### 30 A importância secundária do controle político

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade se caracteriza por ser essencialmente jurisdicional-repressivo. Isso não significa que não exista entre nós o controle político, quer na modalidade preventiva, quer na repressiva, e sim que tal controle tem uma importância marginal ou secundária dentro do sistema.

Na medida em que não existe no Brasil um controle jurisdicional preventivo, exercido diretamente sobre o ato legislativo em formação, como em alguns ordenamentos europeus, a denominada fiscalização *a priori* é sempre desencadeada, em nosso sistema, por meio de atos que se integram no próprio processo legislativo (controle impróprio), do que decorre, inarredavelmente, a natureza política da atividade.

A primeira espécie de controle político-preventivo que conhecemos diz respeito à fiscalização de constitucionalidade interna que os Poderes Legislativos de todas as esferas da federação praticam, no intuito de evitar a edição de atos legislativos contrários à Lei Maior. Destarte, em nível federal, tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado, em seus respectivos regimentos internos, incluíram entre as Comissões Permanentes que se manifestam na subfase instrutória do processo legislativo uma Comissão de Constituição e Justiça incumbida de opinar sobre a viabilidade jurídica das proposições, o que abrange o exame de sua compatibilidade com a



Constituição Federal<sup>686</sup>. A importância que os partidos com representação parlamentar costumam atribuir à participação nessas comissões mostra que os pareceres por elas emitidos apresentam consequências relevantes no processo de elaboração legislativa. E assim o é por força do disposto no inciso I, do § 2º, do art. 58, da Constituição, que permite aos regimentos das Casas do Congresso dispensar a discussão e votação de projeto de lei em plenário, salvo se houver "recurso"<sup>687</sup> de um décimo dos Deputados ou Senadores (delegação interna corporis). Por força de normas regimentais<sup>688</sup>, os pareceres das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara e do Senado sobre a juridicidade de proposições são terminativos, ressalvado o requerimento para submissão da matéria a plenário, nos termos da disposição constitucional referida.

Outra forma de controle político-preventivo, presente em todas as nossas Constituições, é o veto do Chefe do Executivo sob alegação de inconstitucionalidade do projeto de lei aprovado pelo Parlamento. Com efeito, em nível federal, no processo de elaboração de leis ordinárias ou complementares, após a aprovação das duas Casas do Congresso Nacional, abre-se ao Presidente da República a alternativa de sancionar ou vetar as proposições<sup>689</sup>, nessa segunda hipótese, por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público (art. 66, § 1º, da CF). Esse veto pode abran-ger a totalidade do projeto ou apenas parte dele, desde que, nesse último caso (veto parcial), se refira a expressões que compoñham, ao menos, um dispositivo (§ 2º do art. 66). O veto deve ser manifestado em quinze dias úteis, a contar da data do recebimento do autógrafa legislativo, sob pena de sanção tácita, porém, na prática, acrescem-se quarenta e oito horas, que é o prazo de que dispõe o Presidente da República para comunicar ao Presidente do Senado os motivos do veto (art. 66, §§ 1º e 3º). De outra

686 Cf. o art. 32, IV, a e b, do RI da Câmara, aprovado pela Resolução n. 17/89, e o art. 101, I, do RI do Senado Federal, aprovado pela Resolução n. 93/70. Na Câmara, a Comissão é denominada "Comissão de Constituição e de Justiça e de Cidadania", ao passo que, no Senado, a denominação é "Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania".

687 Não nos parece que se trate de um recurso propriamente dito, mas sim de requerimento para que a competência deliberativa do plenário seja exercida. Portanto, para que tal aconteça não há que aguardar o deferimento do suposto "recurso", cujo atendimento, uma vez obedecidos os requisitos formais, é inapelável.

688 Veja-se o art. 54, I, do RI da Câmara e o art. 101, § 1º, do RI do Senado Federal.

689 É por isso que, no direito brasileiro, tanto a lei ordinária como a lei complementar ostentam a natureza de atos complexos, embora desiguais. Veja-se, a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 210, 233 e 264.

parte, o veto presidencial é passível de ser rejeitado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, reunidos em sessão conjunta, desde que se manifeste contrariamente à oposição do Chefe do Executivo a maioria absoluta dos congressistas (arts. 57, § 3º, IV, e 66, § 4º), exigência essa que dá a dimensão da relevância do veto no processo legislativo<sup>690</sup>. Pois bem, desde que fundado em razões de inconstitucionalidade, o veto presidencial consubstancia modalidade de controle preventivo externo e de natureza política.

Não obstante o controle interno parlamentar sobre a juridicidade das proposições e o veto por inconstitucionalidade apresentem, sob o prisma formal, argumentação eminentemente jurídica, o certo é que tanto os parlamentares quanto os Chefes de Poder Executivo, amiúde, entrelaçam essa argumentação com considerações acerca da conveniência e oportunidade do projeto *sub examine*, o que reforça o caráter político dessa modalidade de fiscalização. Mas, por isso mesmo, a eficácia desses instrumentos de controle, em termos de preservação da supremacia da Constituição, se reduz bastante<sup>691</sup>. De outra parte, sob um prisma sistêmico, considerados a amplitude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no direito brasileiro<sup>692</sup> e o sistema sancionatório entrelaçado à fiscalização jurisdicional-repressiva por nós adotada, sempre haverá a possibilidade de questionar perante o Poder Judiciário a constitucionalidade das leis chanceladas pelo controle interno parlamentar ou que tenham superado veto suspensivo presidencial durante a fase de elaboração. A perspectiva de que a matéria venha a ser reapreciada na instância jurisdicional, e de modo definitivo, por provocação quer dos afetados subjetivamente pela legislação

690 Além de impedir a conversão em lei de projetos aprovados pelo Parlamento, o veto presidencial tem prioridade sobre as demais proposições em tramitação (no Congresso, isto é, na Câmara e Senado reunidos em sessão conjunta).

691 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes*, cit., p. 201: "A doutrina, de modo geral, critica o controle político de constitucionalidade, principalmente em razão de sua ineficácia e de pouca valia para a defesa da Constituição e para a proteção das liberdades fundamentais dos indivíduos."

692 Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o princípio, por ele denominado de juridicidade, como um dos elementos nucleares da noção de Estado de Direito: "Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pautas a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da *justicialidade*." *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 23.



questionada (via incidental), quer das formações políticas (governamentais)<sup>693</sup> ou não) em conflito (via principal), contribui para esmaecer ainda mais a juridicidade do controle preventivo brasileiro e reforçar-lhe a natureza política. No sistema de controle brasileiro, a possibilidade de revisão jurisdicional das pendências constitucionais afloradas ao longo do processo legislativo ampliou-se com a pluralização da legitimação ativa nas ações diretas genéricas, pois, anteriormente, as disposições legais que não atingissem, concretamente, posições subjetivas de pessoas públicas ou privadas muitas vezes não chegavam a ser apreciadas na esfera judicial.

A Constituição de 1988 contempla, ainda, duas modalidades de controle preventivo interno, de natureza política, no âmbito do processo legislativo relativo a duas categorias específicas de lei em sentido formal, a medida provisória e a lei delegada.

De fato, com exclusão das matérias indicadas no § 1º, do art. 62, da Constituição<sup>694</sup>, facultou-se ao Presidente da República adotar medidas provisórias, com força de lei, desde que presentes dois pressupostos: a relevância da matéria e a urgência em estabelecer o seu regramento, na forma preconizada pelo ato presidencial (art. 62, *caput*). A medida provisória consubstancia um ato legislativo simples<sup>695</sup>, manifestando a vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo, que, a partir de sua publicação, entra em vigor pelo prazo de sessenta dias, prorrogável uma única vez por igual período (art. 62, §§ 3º e 7º). Uma vez editada, a medida provisória é ato legislativo pronto e acabado, porém os seus efeitos ostentam a característica da precariedade, porquanto dependem, para se tornarem definitivos, de conversão em lei pelo Congresso Nacional<sup>696</sup>. A sobrevida lei de conversão, desnecessária no regime constitucional anterior, relativamente aos decretos-leis, por não se admitir a apresentação de emendas ao seu texto

693 No Estado de São Paulo, por exemplo, por meio do Decreto n. 7.864, de 30-4-1976, o Poder Executivo estabeleceu um procedimento para que, tão logo rejeitado veto fundado na usurpação da iniciativa legislativa exclusiva do Governador, seja arguida perante o STF a inconstitucionalidade da lei ou dispositivo legal estadual.

694 O referido art. 62 foi inteiramente remodelado pela EC n. 32, de 11-9-2001.

695 Era esse o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a propósito do instituto congênere do decreto-lei, previsto no art. 55 da Constituição de 1967/69. Cf. *Do processo legislativo*, cit., p. 256.

696 Pode-se dizer que a não conversão em lei de medida provisória, ou por força de rejeição do Congresso ou pelo decurso do prazo máximo (120 dias) estabelecido para tanto, atua como fator resolutivo de sua eficácia, operando *ex tunc*, nos termos de norma constitucional expressa (§ 3º do art. 62).

(art. 55, § 1º, 1ª parte, da CF de 1967/69), configura novo ato legislativo, diverso da medida provisória. Esta, todavia, qualifica-se como um pressuposto objetivo do ato de sua conversão em lei, o que está a indicar que eventuais vícios de inconstitucionalidade que a contamine, total ou parcialmente, acabam por atingir, na mesma dimensão, o ato legislativo pelo qual os seus efeitos foram perenizados<sup>697</sup>. É imperioso, pois, que o Congresso Nacional examine a constitucionalidade da medida provisória, previamente à deliberação sobre a sua conversão em lei, e, nesse exame, a verificação da presença dos pressupostos da relevância e urgência constitui algo indeclinável, nos termos do § 5º, do art. 62, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda n. 32/2001. Não é fácil tipificar o controle de constitucionalidade em pauta como preventivo ou repressivo. Na verdade, a deliberação congressual, sobre a viabilidade jurídico-constitucional e o mérito de medida provisória, reporta-se a dois atos legislativos interligados, porém inconfundíveis. Em relação à medida provisória em si, trata-se de atribuir caráter duradouro aos seus efeitos ou de eliminá-los retroativamente. Destarte, a sua rejeição por inconstitucionalidade, seja o vício decorrente da ausência dos pressupostos constitucionais para sua edição ou não, caracteriza controle repressivo, já que tem por objeto um ato legislativo formado, publicado e produzindo efeitos<sup>698</sup>. Mas, sob a disciplina da Constituição vigente, a edição de medida provisória deflagra,

697 José Levi Mello do Amaral Júnior, em estudo intitulado *Medida provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 283-93, sustenta a tese de que os vícios próprios e peculiares à medida provisória, isto é, aqueles que dizem respeito tão somente a ela, enquanto medida provisória, tais como a não ocorrência dos pressupostos legitimadores de sua edição, não se comunicam à lei de conversão, pois, "se ambas as Casas (do Congresso) podem aprovar a mesma disciplina em uma lei ordinária, não subsistem motivos para impedi-las de fazê-lo na lei de conversão". Esse entendimento, como apontado pelo citado autor, está respaldado na jurisprudência do STF (voto proferido pelo Min. Moreira Alves no julgamento da ADI n. 1.005-1/DF, ao que acrescentamos os acórdãos prolatados nas ADIs 3.289-5/DF e 1.721-3/DF). A argumentação, *data maxima venia*, não procede, porquanto não está o Congresso Nacional a elaborar lei ordinária comum, de acordo com o processo legislativo que lhe é próprio, e sim lei ordinária de conversão de medida provisória, circunstância que imprime ao procedimento peculiaridades, especialmente no sentido de abreviá-lo dramaticamente [a instrução se resume a parecer da Comissão Mista referida no § 9º do art. 62], de modo a viabilizar deliberação no prazo de 120 dias, limite máximo para a conversão em lei.

698 Foi o enfoque emprestado ao tema por Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, cit., p. 586.



automaticamente, no âmbito do Congresso Nacional o processo legislativo da respectiva lei de conversão<sup>699</sup>. Ora, a deliberação congressual de rejeição àquela importa em estancar o processo legislativo de sua conversão em lei e, acaso fundada em razões de constitucionalidade, consubstanciará controle preventivo<sup>700</sup>, isto é, realizado ao longo do procedimento de formação do ato legislativo ou, ao menos, previamente à sua publicação. Em ambos os casos se apresenta um controle de natureza política, o que fica evidenciado pelo fato de que as raras rejeições de medidas provisórias por inconstitucionalidade têm ocorrido quando a conveniência destas é objeto de acentuada polémica ou quando o governo emissor passa por momento de baixa popularidade.

No procedimento de elaboração da lei delegada também há uma hipótese de controle preventivo de natureza política referido especificamente pela Constituição Federal. Como se sabe, a elaboração de lei delegada pelo Presidente da República tem como pressuposto o ato de delegação, que é expedido pelo Congresso Nacional, na forma de uma resolução (art. 68, § 2º). Pois bem, essa resolução congressual, que especifica o conteúdo e os termos da delegação legislativa, pode estabelecer que o Presidente da República elabore apenas um projeto de lei, que, para ser convertido em lei, deve ser aprovado pelo Congresso Nacional, em votação única, vedada qualquer emenda (art. 68, § 3º). Ora, essa aprovação envolve não apenas o mérito da propositura, mas, igualmente, a sua constitucionalidade, inclusive no que toca à observância dos limites substanciais e formais impostos pela resolução delegante<sup>701</sup>. É certo, no entanto, que a importância dessa espécie de controle político-preventivo é ainda menor do que as demais, em face da não utilização da lei delegada no Brasil, em virtude de sua convivência com os instrumentos mais expeditos do decreto-lei (CF de 67/69) e da medida provisória (CF de 88).

699 Tanto é assim que, "aprovada Medida Provisória, sem alteração de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, como Lei, no *Diário Oficial da União*" (art. 12 da Resolução n. 1, de 8-5-2002, do Congresso Nacional).

700 No caso da verificação da existência dos pressupostos constitucionais para a veiculação de medida provisória, está-se diante de controle preventivo obrigatório, ex vi do disposto no § 5º, do art. 62, da CF.

701 Essa modalidade de controle político preventivo também foi vislumbrada por Anna Cândida da Cunha Ferraz, no artigo Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade, cit., p. 290.

Em todas as modalidades de fiscalização político-preventiva existentes no direito brasileiro se admite o controle jurisdicional, a posteriori, sobre a constitucionalidade do ato legislativo que tenha ultrapassado aquela primeira barreira. Não é permitido, contudo, ao Poder Judiciário averiguar a constitucionalidade do ato de controle preventivo em si, exatamente porque, inserido no processo legislativo, reconhece-lhe o Constituinte a possibilidade de combinar, lícitamente, razões de ordem jurídica com razões de conveniência e oportunidade<sup>702 e 703</sup>.

Resta examinar as formas repressivas do controle político de constitucionalidade existentes no Brasil, que são de incidência bem mais rara do que algumas das modalidades de controle político-preventivo vistas anteriormente.

A primeira maneira pela qual se manifesta o controle político-repressivo entre nós é a já referida possibilidade de sustação pelo Congresso Nacional de atos normativos do Poder Executivo, exorbitantes do poder regulamentar (art. 49, V, da CF), a qual, se configurada ofensa ao princípio da legalidade, assume contornos de autêntica fiscalização de constitucionalidade (e não de legalidade, *stricto sensu*)<sup>704</sup>. A segunda espécie de controle dessa natureza consiste na sustação pelo Congresso da execução de lei delegada que exceda aos limites traçados pelo ato de delegação legisla-

702 Nesse sentido, o exame prévio de constitucionalidade se transforma em questão política, que não pode ser reapreciada em sede jurisdicional. Na melhor tradição do constitucionalismo brasileiro, lapidada por Rui Barbosa, questões políticas são as que versam sobre a conveniência e oportunidade de um ato do Poder Público, e, nesse caso, a questão é política "porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anulária intrinsecamente". *Atos inconstitucionais*, cit., p. 106-7.

703 Em sentido contrário manifesta-se Luís Roberto Barroso, ao admitir, por exemplo, o "controle judicial do veto aposto pelo Chefe do Executivo fundado em inconstitucionalidade, para atferir do acerto de seu juízo acerca da ilegitimidade constitucional do projeto". Reconhece, entretanto, o autor que "o entendimento mais tradicional é o de que se trataria de uma competência política discricionária, e, conseqüentemente, insuscetível de apreciação de mérito pelo Judiciário". *O controle*, cit., p. 63-4. Na mesma linha de entendimento, Gilmar Ferreira Mendes assinala que, "em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia" (sobre a plausibilidade das razões de inconstitucionalidade invocadas em veto presidencial), apontando o mandado de segurança como o instrumento processual adequado para levá-la ao Judiciário. Cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo, Celso Bastos - IBDC, 1999, p. 311-2.

704 Veja-se o item precedente.



tiva [art. 49, V, da CF]. Ambas as hipóteses de controle político-repressivo estão incluídas nas matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional e, por isso mesmo, são veiculadas por meio de decreto legislativo<sup>705</sup>. Em ambos os casos, o controle de constitucionalidade efetuado pelo Parlamento deve cingir-se à constatação da observância pelo Poder Executivo dos limites especificamente impostos ao exercício do poder regulamentar e da atividade legislativa delegada<sup>706</sup>, vale dizer, na primeira hipótese o princípio da reserva legal e, na segunda, as condições de conteúdo e forma impostos pela resolução de delegação. O exercício das competências que a Constituição de 1988 deferiu ao Congresso Nacional no inciso V de seu art. 49 típica controle de natureza política, até porque, sendo manejadas por um órgão de representação política, a fiscalização de constitucionalidade de atos normativos do Poder Executivo que enfeixam acaba guiando-se, invariavelmente, por critérios extrajurídicos. No entanto, ao contrário do controle político-preventivo, admite-se aqui o exame pelo Poder Judiciário, em um segundo momento, não apenas da constitucionalidade do ato controlado, que pode ter sido reputado regular pelo Congresso e, assim mesmo, ser declarado inválido em sede jurisdicional, mas, igualmente, da constitucionalidade do próprio decreto legislativo de sustação, desde que proclame inconstitucionalidade sem fundamento jurídico consistente<sup>707</sup>. A discrepância se justifica porque, na primeira hipótese, está-se diante de uma

705 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 214. O art. 109, II e III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados mostra que o entendimento de que as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional devem ser regidas por decreto legislativo conta com o aval da praxe parlamentar.

706 Nesse sentido é o magistério de Anna Cândida da Cunha Ferraz, em *Conflito entre Poderes*, cit., quer no tocante à exorbitância do poder regulamentar ("Finalmente, tendo em vista os limites constitucionais estabelecidos, e que devem ser interpretados estritamente em homenagem ao princípio da separação de poderes constitucionalmente consagrado, descabe ao Congresso Nacional suspender, genericamente, regulamentos que violem a Constituição." - p. 95), quer no tocante à exorbitância de poder legislativo delegado ("Assim, no 'excesso de delegação legislativa' cuida-se, por primeiro, de precisar a inadequação da lei delegada ao conteúdo fixado, objetiva e definitivamente, na resolução de habilitação. Esse o vício a ser fiscalizado e controlado pelo Congresso Nacional. Esse o vício que o Poder Legislativo está adstrito a examinar." - p. 143).

707 É esse, igualmente, o posicionamento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, em *Conflito entre Poderes*, cit., p. 91 e 146, e de Gilmar Ferreira Mendes, em *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 313, observando esse último autor que o STF "tem entendido ser admissível a ação direta de inconstitucionalidade contra resolução de órgão legislativo que suste a eficácia de ato regulamentar" (veja-se o acórdão prolatado no julgamento da ADI 748, de relatoria do Min. Celso de Mello).

atividade compartilhada de elaboração legislativa, enquanto, na segunda, cuida-se de controlar a constitucionalidade de um ato elaborado por outro Poder e em plena produção de efeitos<sup>708</sup>. Porém, no que concerne à fiscalização sobre o ato de sustação, como adverte Anna Cândida da Cunha Ferraz, "o controle jurisdicional poderá ser suscitado se houver, relativamente ao ato do Congresso Nacional, manifesta infringência às normas constitucionais"<sup>709</sup>.

### 31 Controle difuso

Uma vez sublinhado o papel secundário que os instrumentos de controle político, preventivo e repressivo, desempenham no sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade dos atos legislativos, reafirme-se que se trata de um sistema essencialmente jurisdicional-repressivo. E, sob o aspecto orgânico ou da distribuição da competência de controle, não se deveria titubear em sua caracterização como um sistema difuso, isto é, em que a todos os juízes ou tribunais, de qualquer instância ou estrutura judiciária (federal ou estadual), é deferido o poder de controlar a constitucionalidade das leis, seja pelo método incidental (mais frequentemente), seja pelo método principal.

Importa reconhecer, entretanto, que a doutrina pátria, quase que de maneira uniforme, insiste em afirmar que o sistema de controle jurisdicional brasileiro, ao menos a partir da introdução da ação direta genérica de inconstitucionalidade<sup>710</sup>, apresenta caráter misto, no tocante ao aspecto em foco<sup>711</sup>. Assim, pretende-se que o controle seria difuso quando realizado

708 Não é de admitir o controle jurisdicional da rejeição de medida provisória por inconstitucionalidade pelo caráter predominantemente preventivo que ostenta, haja vista que o projeto de lei de conversão assume totalmente a disciplina da matéria objeto do ato do Poder Executivo.

709 *Conflito entre Poderes*, cit., p. 92. Ao contrário do controle preventivo, não se admite que o Congresso se substitua, integralmente, ao Poder Executivo na avaliação da regularidade do exercício do poder regulamentar ou da atividade legislativa delegada, impondo-se que, nas situações de discricionariedade imprópria, decorrente de indeterminação conceitual da norma paramétrica, ou nas situações em que o ato controlado admita interpretação harmonizadora, se abstenha de sustar a execução do decreto regulamentar ou da lei delegada.

710 Isso porque é questionável, como ainda veremos (item 47), que a "ação direta interventiva" se insira no controle jurisdicional.

711 A manifestação de Moreira Alves a esse respeito é bastante expressiva: "A reforma do Poder Judiciário feita pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965,



incidentalmente, ao passo que seria concentrado na via principal<sup>712</sup>, pelo fato de que cabe privativamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, no primeiro caso, e apenas federal, no segundo, sempre tendo como parâmetro de confronto a Constituição Federal, competindo, igualmente a título exclusivo, aos Tribunais de Justiça dos Estados<sup>713</sup> o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, estadual ou municipal, diante das Constituições locais. Olvida-se, entretanto, que para se considerar um sistema de fiscalização jurisdicional difuso ou concentrado há que adotar uma perspectiva sistêmica e não segmentada. Destarte, se ocorre a dispersão da competência de controle entre os órgãos do aparato judiciário o controle é difuso, somente podendo ser qualificado como concentrado se a competência para efetuar a verificação da constitucionalidade dos atos legislativos for reconhecida a um único órgão jurisdicional, integrado ao Poder Judiciário ou não.

A fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis nasceu difusa entre nós, por obra da Constituição de 1891, e assim permaneceu até os dias atuais. Em tese, pode-se conceber a difusão da competência de controle de modo um pouco mais restrito do que se adota na conceituação dessa característica modelar, de sorte que haveria a difusão plena, em que

<sup>712</sup> Constituição de 1946, serviu para que se introduzisse profunda alteração no sistema de controle da constitucionalidade. (...) Instaurou-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade: o difuso, que abrange universo maior, pois abarca, além de atos judiciais, atos normativos e administrativos federais, estaduais e municipais, e o concentrado, que abarca somente os atos normativos federais e estaduais." A evolução do controle, cit., p. 145. No mesmo sentido, invocam-se Gilmar Ferreira Mendes, *Controle concentrado*, cit., p. 63-4; José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 53; Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 60, entre outros constitucionalistas.

<sup>713</sup> Por exemplo, tome-se o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu *Curso*, cit., p. 40, ao abordar a ação direta de inconstitucionalidade de nível federal: "Trata-se, aqui, de controle principal, que exerce exclusivamente o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) em ação que era proposta pelo Procurador-Geral da República privativamente, no direito anterior (...)"

<sup>714</sup> Ao contrário do inc. XIII, do art. 124, da CF de 1946, acrescido pela EC n. 16/65, o § 2º, do art. 125, da CF de 1988 não atribui expressamente aos Tribunais de Justiça o processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, mas há que observar o princípio assentado no controle abstrato de normas federal, segundo o qual o tribunal mais elevado da ordem judiciária respectiva deve atuar como o guardião da Constituição que a estrutura. No mesmo sentido, invoque-se Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 117, sendo certo que assim se orientaram os Constituintes locais.

rigorosamente todos os órgãos judiciários se habilitam à fiscalização, e a difusão parcial, em que alguns desses órgãos não são autorizados a controlar a constitucionalidade das leis. Na hipótese de difusão parcial, os órgãos não credenciados à fiscalização devem submeter as questões constitucionais, perante eles incidentalmente suscitadas, a outros órgãos (mais de um, sob pena de se passar à concentração) da estrutura judiciária<sup>714</sup>. A difusão do sistema brasileiro de controle jurisdicional sempre foi a difusão clássica, vale dizer, do tipo amplo, em que não há nenhum órgão do aparelho judiciário que fique à margem da averiguação de constitucionalidade, qualquer que seja a sua composição, a matéria de sua competência, a dimensão territorial de sua jurisdição ou o nível funcional em que esteja situado.

Não interfere na amplitude da difusão a circunstância de a Constituição vigente (art. 97), repetindo regra introduzida pela Constituição de 1934, haver condicionado a eficácia da declaração de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais<sup>715</sup> à manifestação nesse sentido da maioria absoluta de seus membros (ou do respectivo órgão especial). Em primeiro lugar, porque o que conta, sob o ponto de vista sistêmico, é que os tribunais brasileiros, quaisquer que sejam, estão investidos da competência de controle, pouco importando a competência interna de seus órgãos fracionários; em segundo lugar, porque, na verdade, tais órgãos fracionários não estão excluídos, inteiramente, da fiscalização de constitucionalidade, já que estão habilitados, legalmente, via de regra, a examinar a questão de constitucionalidade incidentalmente suscitada, podendo, inclusive, declarar constitucional a lei impugnada<sup>716</sup>. O que não podem fazer é declarar inconstitucional

<sup>714</sup> No item 10 *retro*, cogitamos de situação dessa natureza, valendo-nos da dualidade de jurisdição existente em alguns Estados europeus. No Brasil, a inserção, na Constituição de 1934, da regra de que os tribunais somente declaram a inconstitucionalidade pelo voto da maioria de seus membros levou parte da doutrina a sustentar que os juizes de 1ª instância já não podiam fazer controle de constitucionalidade, tese essa que, se houvesse triunfado, teria convertido a difusão característica de nosso sistema em difusão parcial.

<sup>715</sup> Os "tribunais" a que alude o texto constitucional são os órgãos judiciários colegiados acima do primeiro grau de jurisdição e exercendo competência eminentemente recursal, não se podendo a eles equiparar eventuais órgãos colegiados de 1ª instância, como as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento. Nesse sentido, veja-se Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata*, cit., p. 82.

<sup>716</sup> Cf. José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 36 e 44. A disciplina legal do incidente de inconstitucionalidade admite expressamente que os órgãos fracionários dos tribunais declaram a constitucionalidade de lei ou ato normativo, pois, uma vez suscitada a questão, compete à turma ou câmara examiná-la, podendo (I) rejeitar a alegação do vício, prosseguindo no julgamento da causa, ou (II) acolhê-



lei ou ato normativo, até porque, se o fizessem, essa decisão não geraria os efeitos pretendidos, ou seja, não impediria a aplicação das normas questionadas ao caso concreto, em face do disposto no art. 97 da Constituição Federal<sup>717</sup>.

De igual modo, a difusão não é minimamente abalada pelo fato de apenas o Supremo Tribunal Federal ou os Tribunais de Justiça Estaduais serem os competentes para o controle abstrato de normas, por meio de ações em que se examina, como objeto principal do processo, a constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo. Quando se diz, em um sistema de controle difuso, que todo e qualquer magistrado, monocraticamente ou de forma colegial, está habilitado a fiscalizar a constitucionalidade, é evidente que não se elimina o pressuposto da competência do órgão julgante. Desarte, é indisputável que um tribunal trabalhista não poderá declarar a inconstitucionalidade em processo-crime, do mesmo modo que somente o Supremo Tribunal ou os Tribunais de Justiça podem declarar a inconstitucionalidade na via principal, por serem os competentes, originariamente, para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade. Em suma, não é correto afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil é concentrado em via principal: o processamento e julgamento das ações diretas é de competência exclusiva dos tribunais superiores do Poder Judiciário Federal ou Estadual, dependendo da Constituição protegida, porém o controle continua sendo (globalmente) difuso<sup>718</sup>.

Continua plenamente válida a lição de Rui Barbosa, que, a partir das normas constitucionais sobre o cabimento de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, demonstrou, primeiramente, a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade no ordenamento brasileiro e, na sequência, a difusão desse controle, pois ensejam a interposição daquela espécie recursal as decisões de qualquer juízo ou tribunal, em única ou

<sup>717</sup> A submetendo-a, então, ao tribunal pleno ou ao órgão especial (veja-se o CPC, arts. 480 e 481). É certo, contudo, que as turmas do STF não gozam de igual prerrogativa, pois, segundo o art. 176 do RISTF, "feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independentemente de acórdão".  
<sup>718</sup> Sobre as medidas cabíveis em face do desatendimento da disposição constitucional, veja-se José Levi Mello do Amaral Júnior, *Incidente*, cit., p. 58-67.

<sup>719</sup> Como já se fez referência, no item 10, *retro*, Edvaldo Brito é um dos poucos estudiosos do assunto que trilhou esse mesmo caminho. Cf. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, in *Ação declaratória de constitucionalidade*, cit., p. 46-7.

última instância, que, por exemplo, declararem a inconstitucionalidade de lei federal (art. 102, III, b), o que implica o manejo da fiscalização nas instâncias de base<sup>719</sup>. Mas importa observar, como já o fizemos anteriormente, que os diversos órgãos da complexa estrutura judiciária brasileira podem realizar o controle de constitucionalidade de atos legislativos em processos de qualquer natureza, apreciados a título originário ou em instância recursal e, nesse caso, sob qualquer modalidade de recurso. Aliás, as chamadas ações constitucionais, que vêm sendo sucessivamente ampliadas, quanto ao objeto e categorias, e muito têm contribuído para a dinamização do controle incidental entre nós, podem ser propostas nos mais diversos juízos ou tribunais, de acordo com as regras de competência.

A proliferação de ações coletivas (em relação à natureza dos bens tutelados) na via incidental e, principalmente, das ações diretas de inconstitucionalidade, mercê da quebra do monopólio da legitimação para agir com a Constituição de 1988, tem contribuído para tornar a difusão da fiscalização de constitucionalidade brasileira menos fragmentária, porém mantém inalterada a referida característica.

Na verdade, o elemento da difusão, que acompanha o nosso sistema de controle jurisdicional, desde o seu nascedouro, somente foi seriamente questionado no momento da elaboração da Constituição de 1934, que assistiu ao vicejar de propostas que, se acolhidas, teriam implantado a fiscalização concentrada no Brasil, deferindo-se a uma Corte Constitucional de feições europeias a exclusividade da competência para declarar a inconstitucionalidade de atos legislativos<sup>720</sup>.

Em relação à organização das atribuições de controle, o sistema brasileiro somente poderia ser qualificado de misto se a classificação levasse em conta não apenas a inconstitucionalidade comissiva, mas, também, a inconstitucionalidade por omissão. Nesse caso, o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos legislativos e administrativo-normativos seria difuso, como visto, mas, no que concerne à omissão de providências legislativas e administrativo-normativas, de natureza comum, isto é, que não inviabilizem a fruição de direito fundamental, haveria que reconhecer a concentração, pois apenas o Supremo Tribunal Federal é competente para declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva

<sup>719</sup> Cf. *Atos inconstitucionais*, cit., p. 52-3, tendo como pano de fundo a Constituição de 1891.

<sup>720</sup> Veja-se o item 25, *retro*.



norma da Constituição Federal, o mesmo se podendo dizer dos Tribunais de Justiça dos Estados no que respeita às Constituições locais<sup>721</sup>. Entretanto, diante da natureza profundamente diversa da inconstitucionalidade por ação e por omissão, entendemos que não se deve reuni-las para efeito da classificação do sistema de controle sob o prisma orgânico ou subjetivo.

Em suma, a fiscalização da constitucionalidade de atos legislativos à luz da Constituição vigente é difusa, embora a fiscalização por conduta omissiva do Parlamento (ou da Administração) deva ser reconhecida como mista, isto é, concentrada e difusa: no tocante à omissão ordinária de leis e atos normativos o sistema opera de modo concentrado (por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ao passo que relativamente à carência de norma legal ou administrativa, que torne inviável o exercício de direitos fundamentais, adota-se a difusão (via principal ou incidental, operada esta por meio de mandado de injunção)<sup>722</sup>.

### 32 O caráter misto do sistema em relação aos métodos de controle

É em relação ao método ou modo de controle, conforme classificação abordada no item 11, que o sistema de fiscalização jurisdicional brasileiro se mostra efetivamente misto, combinando o controle incidental, em que a questão constitucional consubstancia uma prejudicial (*lato sensu*) ao exame de mérito, com o controle principal, em que a resolução da questão constitucional consiste no próprio objeto do processo.

Os sistemas de controle de caráter difuso convivem, necessariamente, com a incidentalidade, porquanto a competência para realizar a fiscalização, que se reconhece a todos os órgãos do aparato judiciário, é aquela inerente à atividade jurisdicional, impondo-se o exame da constitucionalidade de atos legislativos naquilo que importe à decisão da causa. Todavia, nos sistemas de padrão estadunidense estruturados em ordenamentos filiados ao *civil law* registra-se a tendência de adotar, igualmente, o controle principal, mantendo-se, contudo, inalterada (em termos normativos) a via incidental.

721 Para ilustrar, consultem-se os arts. 74, VI, e 90, *caput* e § 4º, da Constituição do Estado de São Paulo.

722 Veja-se o item 14, *retro*, especialmente a nota de rodapé n. 289, em que se mostra que a distinção quanto ao regime das duas modalidades de omissão normativa, no direito brasileiro, possibilitou a estruturação de uma fiscalização orgânico-subjetiva de caráter misto, apenas no que pertence à inconstitucionalidade por omissão.

*vantagem do sistema misto*

Há um duplo objetivo nessa associação de métodos, sempre visando, em última análise, a maior eficiência do sistema: de um lado, a uniformização (eficiência qualitativa) das decisões sobre a constitucionalidade das leis, o que é propiciado pela solução da *questão* com efeitos gerais ou *erga omnes*, como é próprio da via principal; de outro lado, a abrangência maior (eficiência quantitativa) da fiscalização. Esse segundo aspecto está intimamente relacionado ao caráter misto do sistema modelar europeu, que, desde os seus primórdios, combinava os métodos incidental e principal, como forma de evitar que, em algumas situações, o conflito entre a lei e a Constituição acabasse não sendo dirimido pela jurisdição constitucional. Com efeito, no controle realizado exclusivamente a título principal, na medida em que a legitimação para provocá-lo, via de regra, é atribuída de modo restrito, sem levar em consideração os interesses pessoais subjacentes à questão constitucional, vêm à tona, mais frequentemente, impugnações relacionadas ao processo legislativo e ao rito de competências entre os órgãos de governo ou entre os entes federativos, não se observando a mesma incidência da fiscalização no tocante aos questionamentos com repercussão direta na esfera subjetiva dos sujeitos de direito, como sucede em matéria de direitos fundamentais<sup>723</sup>. E, do mesmo modo, uma das disfunções dos sistemas que acolhem o modelo de fiscalização estadunidense, em sua concepção ortodoxa, reside na incapacidade de submeter à averiguação de constitucionalidade as questões que não estejam imbricadas com pretensas lesões a direitos subjetivos ou interesses legítimos, porquanto apenas essas acabam sendo captadas pela via incidental<sup>724</sup>.

A via incidental do sistema de controle brasileiro, por estar difundida em todo o aparato judiciário, não dá ensejo, usualmente, à instauração de um incidente processual, cuidando os órgãos jurisdicionais de equacionar a dúvida de constitucionalidade que se lhes apresenta na fundamentação

723 Mauro Cappelletti, in *O controle*, cit., p. 106-7, apontava essa deficiência no sistema austríaco, em sua versão originária, calçada na Constituição de 1920.

724 Cappelletti identifica, com clareza, essa deficiência do *judicial review*, citando as observações de Paul Kauper a propósito do controle praticado nos Estados Unidos, que atestam que lá as cortes não decidem "abstratas questões de competência constitucional", pois são elas vistas como insindivisíveis ou como "questões políticas": "Esse limite do sistema americano de controle manifestou-se em vários casos, dos quais Kauper oferece mais de um interessante exemplo - casos em que, mesmo diante de leis seguras ou presumivelmente inconstitucionais, não foi, no entanto, possível qualquer *judicial review* justamente por causa do caráter exclusivamente 'incidental' do controle admitido naquele País." *O controle*, cit., p. 112-3.



do julgado, antes da decisão sobre o pedido (dispositivo da sentença)<sup>725</sup>. A exceção fica por conta da decisão sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo no âmbito dos tribunais (colegiados recursais), em que a legislação processual instituiu um incidente de inconstitucionalidade com o objetivo de operacionalizar o disposto no art. 97 da Constituição. Destarte, toda a vez que órgão fracionário de tribunal entenda, em decisão preliminar, que há inconstitucionalidade a ser proclamada previamente ao exame de mérito, deverá submetê-la ao plenário ou ao órgão especial, salvo "quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"<sup>726</sup>.

Poder-se-ia questionar a legitimidade da exceção aberta à tradicional regra de que apenas pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial podem os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, já que foi ela veiculada pelo legislador ordinário. Cuida-se, entretanto, de interpretação legislativa da norma constitucional de regência, precedida de manifestações, no mesmo sentido, do Supremo Tribunal Federal<sup>727</sup>, com o que se converte o problema na análise da consistência da reportada *exegese*<sup>728</sup>. De nossa parte, não temos dúvida em considerá-la adequada, porquanto não deixa de prestigiar a finalidade da norma constitucional, que é a de emprestar maior rigor e estabilidade à pronúncia de inconstitucionalidade<sup>729</sup>, porém sob uma perspectiva sistêmica do Poder Judiciário, que redonda em benefício à economia e celeridade processuais<sup>730</sup>. Não se pode, contudo, entender a disposição

725 De acordo com o art. 458, III, do CPC, é elemento essencial de toda e qualquer sentença o dispositivo, "em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem", e na 1ª parte do art. 459 do mesmo código se estabelece que "o juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor".

726 Parágrafo único, do art. 481, do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 9.756, de 17-12-1998.

727 Veja-se, entre outros, o acórdão proferido pela 1ª Turma do STF, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 191.905-1/SC, sob relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

728 Ao discutir amplamente o assunto, José Levi Mello do Amaral Júnior, na obra *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*, cit., p. 84-9, aponta, com pertinência, que se trata de hipótese de mutação constitucional, operada primeiro pela jurisprudência e, depois, pela legislação infraconstitucional que consolidou o entendimento pretoriano.

729 Cf. Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 44.

730 A Emenda da Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) acrescentou o inciso LXXXVIII ao art. 5º, de modo a inscrever, entre as garantias fundamentais, o direito à razoável duração dos processos, judiciais e administrativos, e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

do parágrafo único, do art. 481, do Código de Processo Civil como uma espécie de vinculação dos órgãos fracionários dos tribunais à fundamentação de decisões adotadas pelo respectivo plenário (ou órgão especial) ou pelo STF, em sede de controle difuso-incidental, sem o respaldo de norma constitucional expressa nesse sentido<sup>731</sup>. Se esses órgãos fracionários discorriam da inconstitucionalidade proclamada, poderão perfeitamente declarar a validade da lei questionada e ultimar o julgamento do recurso. Bem por isso, não há que falar em eficácia vinculante, mesmo parcial, das decisões do Supremo Tribunal Federal (e tampouco dos tribunais plenos, em relação aos respectivos órgãos fracionários) que hajam reconhecido a inconstitucionalidade de lei *incidenter tantum*<sup>732</sup>, pois o que a interpretação flexibilizadora do art. 97 da Constituição autorizou foi simplesmente a possibilidade de dispensa de submissão a plenário das arguições de inconstitucionalidade, diante de manifestação prévia no sentido da invalidade do ato legislativo por parte desse órgão ou do Supremo Tribunal Federal. Mas isso se o órgão fracionário ao menos concordar com a conclusão no sentido da inconstitucionalidade da legislação de regência, ainda que sob outros fundamentos.

Uma vez concretizada a cisão funcional no julgamento de recurso em que se suscite declaração de inconstitucionalidade, caberá ao plenário ou ao órgão especial dirimir unicamente a questão constitucional, pela maioria absoluta de seus integrantes, devendo o órgão fracionário prosseguir no

731 É cediço que o controle difuso-incidental não exige previsão constitucional expressa, por se afeioar ao exercício ordinário da jurisdição. No entanto, o deslinde de questões constitucionais nessa modalidade de fiscalização produz efeitos apenas no caso concreto, em sede de fundamentação do respectivo julgado. Ao contrário, tanto a concentração do controle quanto a sua articulação em via principal, por discreparem dos parâmetros usuais da jurisdição, devem estar explicitamente contemplados na Lei Maior. É certo, entretanto, que a acolhida em texto constitucional de uma via direta de impugnação da constitucionalidade de atos legislativos permite o reconhecimento de efeitos gerais ou *erga omnes* às decisões geradas com o uso desse instrumental, mesmo que isso não esteja declarado em norma da Constituição. Mas isso em virtude da própria natureza do controle principal. A propósito, somente com a edição da EC n. 45/2004 passou a existir, no Brasil, norma constitucional agasalhadora da eficácia *erga omnes* de decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade (nova redação do art. 102 da CF), seguindo a trilha do legislador infraconstitucional [art. 28, par. único, da Lei n. 9.868/99].

732 Em sentido contrário manifestou-se Gilmar Ferreira Mendes, no artigo O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 162:165, abr./jun. 2004, sustentando que a exceção à obrigatoriedade de submissão da arguição de inconstitucionalidade a plenário teria conferido "uma eficácia mais ampla", "talvez até mesmo um certo efeito vinculante", às decisões do Plenário do STF no controle incidental.



juízo do feito, com a observância do que ficar assentado no julgamento do incidente<sup>733</sup>.

Na medida em que a questão de constitucionalidade, no controle em via incidental, se situa como mero antecedente lógico do objeto principal do processo, é natural que possa ser suscitada: (A) em face de quaisquer normas infraconstitucionais e tendo como parâmetro de confronto quaisquer normas constitucionais, pois, estando inseridas em Constituição rígida, todas estas gozam de supremacia, ao passo que todas aquelas a elas se subordinam; (B) em processos de qualquer espécie, não importando o procedimento que se lhes imprima ou o tipo de provimento a que tendam (declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou cautelar); (C) perante qualquer grau de jurisdição, ainda que, em se tratando de recurso, não o tenha sido na instância originária<sup>734</sup>.

De igual modo, por se cuidar de questão prejudicial, eminentemente de direito, pode ser conhecida de ofício, pelo juiz ou tribunal competente para a causa, ou pode o seu exame ser provocado pelas partes (autor ou réu), por terceiros intervenientes ou pelo Ministério Público, desde que legitimado a intervir no feito<sup>735</sup>. Não pára nenhuma dúvida, na atualidade, sobre a possibilidade de o autor arguir, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei ao fundamentar o seu pedido, como é bastante comum em mandados de segurança. Acaso seja o réu a fazê-lo, enquanto razão obstaculadora da procedência do pedido, estará configurado, propriamente, o controle em via de exceção ou defesa, modalidade de controle incidental.

Tanto o controle incidental concentrado quanto o controle incidental difuso, como é o caso do brasileiro, tem como pressuposto a relevância da questão constitucional para o desfecho do processo em que emergiu. Essa

733 No âmbito do Supremo Tribunal, uma vez instaurado o incidente (por simples revista dos autos a plenário, independentemente de acórdão - art. 176, § 1º, do RISTF), cabe ao plenário o julgamento da prejudicial de inconstitucionalidade e das demais questões da causa (art. 177 do RISTF).

734 Ao estudar a profundidade do efeito devolutivo das apelações cíveis, José Carlos Barbosa Moreira mostra que nele estão compreendidas "todas as questões relacionadas com os fundamentos do pedido e da defesa", mesmo que o juízo *a quo* sobre elas não se tenha manifestado, conquanto sejam examináveis de ofício, como é o caso das *questões iuris*. Cf. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, v. 1, p. 208.

735 A rigor, a questão de constitucionalidade importa na avaliação pelo julgador de sua própria inconstitucionalidade, por provocação ou de ofício, já que, não se colocando em dúvida a constitucionalidade da norma a ser aplicada, nada há a ser declarado.

condição *sine qua non* da via incidental de controle, identificada, pioneiramente, pela doutrina e jurisprudência americanas, constava do elenco de "regras de bom aviso" que Lúcio Bittencourt enunciou em *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, de sorte que "o juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa e restaurar o direito violado"<sup>736</sup>.

Como sempre ocorre na via incidental, assume ela, em nosso sistema, feições concretas, pois não se discute por seu intermédio a inconstitucionalidade em tese de atos legislativos, examinando-se a mácula apenas na exata medida em que interfira na esfera subjetiva de pessoas públicas ou privadas, partícipes do processo na condição de autor, réu ou terceiro interveniente<sup>737</sup>. Não se admite, por conseguinte, o ataque frontal à higidez do ato normativo por meio de instrumentos processuais de fiscalização incidental<sup>738</sup>, tanto quanto não se admite o uso da via principal para a proteção de direitos ou interesses subjetivos ofendidos.

736 Ob. cit., p. 116-7.

737 Acerca desse ponto também dispõe uma das "regras de bom aviso" de Lúcio Bittencourt, segundo a qual "o Poder Judiciário só se pronuncia em face de um 'caso concreto', para cuja decisão seja mister o exame da constitucionalidade da lei aplicável à espécie". *O controle*, cit., p. 111. A doutrina, igualmente, provém do sistema estadunidense, tendo aqui aportado pela pena de Rui Barbosa. Cf. *Atos inconstitucionais*, cit., p. 102.

738 Bem por isso, é remansosa a jurisprudência segundo a qual "não cabe mandado de segurança contra lei em tese" (Súmula n. 266 do STF), hipótese que não se equipara àquela em que o remédio é impetrado preventivamente, tendo em vista a iminente execução ou concretização do ato legislativo (usualmente de natureza proibitiva), com grave risco de lesão a direito líquido e certo do impetrante. Veja-se sobre o tema Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção*, "tabeas data", 12. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 16-8. Mais recentemente travou-se acirrada polémica doutrinária, que se refletiu em oscilações jurisprudenciais, sobre suposta usurpação da competência do STF para realizar o controle abstrato de normas, usurpação essa que se daria por meio da propositura de ações coletivas, tendo como elemento integrante da causa de pedir a impugnação da constitucionalidade de ato legislativo. É certo que essas ações podem, circunstancialmente, em face do elástico de seu âmbito protetivo (entre os direitos coletivos, *latu sensu*, há os que são difusos, beneficiando um número indeterminado de pessoas) e da eficácia *erga omnes* das decisões que as acolhem, praticamente tornar inócuo o controle principal. Não obstante, preferimos acompanhar o entendimento de Ada Pellegrini Grinover a esse respeito, afastando a cogitada usurpação de competência do STF (veja-se a nota de rodapé n. 245 - item 12, *retro*), no mesmo sentido em que se posicionou Luís Roberto Barroso, *in O controle*, cit., p. 73-4. Vale registrar que a jurisprudência do STF acabou por referendar esse ponto de vista, conforme se verifica do acórdão prolatado no julgamento, em plenário, do RE 424.993-6/DF [rel. Min. Joaquim Barbosa], cuja ementa consignou: "A jurisprudência do Supremo



Sem adentrar, nesse momento, a questão da natureza jurídica do controle encetado por meio de representação interventiva, não há que pôr em dúvida a presença do controle principal no sistema de fiscalização jurisdicional brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 16/65 à Carta de 1946. Com efeito, naquele momento surgia em nosso direito a ação direta (genérica) declaratória de inconstitucionalidade, denominada simplesmente ação direta de inconstitucionalidade na Constituição vigente (art. 102, I, a). Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional n. 3/93 à Constituição de 1988, um novo instrumento processual de controle direto ou em tese da validade de atos legislativos, na esfera federal, foi incorporado ao sistema, qual seja a ação direta declaratória de inconstitucionalidade, denominada no dispositivo-matriz (art. 102, I, a) ação declaratória de inconstitucionalidade.

No controle realizado *principaliter*, ao contrário do controle incidental, a questão constitucional é totalmente isolada em relação às repercussões de índole concreta e subjetiva do ato legislativo impugnado. Por isso se fala em controle abstrato de normas, já que o único objeto do processo desencadeado com a propositura da ação direta é a averiguação da compatibilidade de uma lei (ou ato administrativo-normativo, em algumas hipóteses) à Constituição. Se o controle difuso-incidental se amolda ao exercício de atividade tipicamente jurisdicional, o mesmo não se pode dizer do controle principal, esteja ele associado à difusão ou à concentração da competência para exercer a fiscalização. Assim sendo, há que observar rigorosamente os termos de sua previsão constitucional.

Destarte, a via principal de controle se esgota (em nível federal) nas mencionadas ações diretas, a serem necessariamente propostas perante o Supremo Tribunal Federal. Em relação às normas controladas, admite-se a ação direta de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual<sup>739</sup>, ao passo que a ação declaratória de inconstitucionalidade

Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*. Veja-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. (J. 12-9-2007; DJ 19-10-2007.)

<sup>739</sup> Desde os primórdios do controle de constitucionalidade por meio de ação direta genérica sempre se fez largo uso do instrumento em face de normas constitucionais estaduais. Não paira nenhuma dúvida, entretanto, quanto à possibilidade de emendas à Constituição Federal também figurarem como objeto do controle principal, conforme jurisprudência do STF consolidada a partir do precedente representado pelo acórdão proferido no julgamento da ADI 939-DF, em que se constatou inconstitucionalidade em dispositivos da EC n. 3, de 17-3-1993 (RTJ 151:755-841). As referências feitas à lei federal

somente pode ter por objeto lei ou ato normativo federal. A categoria dos atos normativos (na verdade, administrativo-normativos, pois o texto os contrapõe à lei) que podem ser passíveis de controle em via principal compreende os regulamentos autônomos<sup>740</sup>, em sentido próprio; os regulamentos de execução que, embora atos normativos secundários, se reportem diretamente à Constituição (art. 84, IV, da CF)<sup>741</sup>; e os atos administrativo-normativos dos Poderes Legislativo e Judiciário (deliberações, portarias, resoluções administrativas etc.), que, igualmente, não se destinem à execução de legislação infraconstitucional. As leis e atos normativos municipais não podem ser objeto de controle principal tendo como parâmetro de confronto a Constituição Federal<sup>742</sup>.

A Constituição Federal de 1988, como já foi visto no item 29, pôs fim à polêmica sobre a possibilidade de os Estados instituírem a fiscalização pelo método principal em suas respectivas Constituições, o que, sob o regime da Carta de 1967/69, lhes havia sido negado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o art. 125, § 2º, da Constituição contempla autorização expressa nesse sentido, tendo-se valido dela a maioria

ou estadual na alínea a, do inc. I, do art. 102, da CF há de ser tomadas, pois, de modo abrangente e não no sentido estrito de atos legislativos, situados no nível primário da hierarquia infraconstitucional.

<sup>740</sup> Trata-se de modalidade de regulamento que consubstancia lei em sentido material, por prescrever normas gerais, abstratas e de nível hierárquico primário, diretamente vinculadas à Constituição. O regulamento autônomo era, tradicionalmente, desconhecido no ordenamento brasileiro, mas nele acabou sendo introduzido, ainda que com um campo restrito de atuação (organização administrativa), por força da EC n. 32, de 11-9-2001, e nos termos da alínea a, do inc. VI, do art. 84, cuja redação reformulou. Sobre o tema, veja-se o artigo Decreto autônomo: questões polêmicas, de José Levi Mello do Amaral Júnior, *Repertório de Jurisprudência IOB*, São Paulo, 19:687-92, 1ª quinz./out. 2003, v. 1.

<sup>741</sup> Se houver lei interpondo-se entre o regulamento e a Constituição, o controle da regularidade do ato administrativo-normativo envolve questão de legalidade ou, na melhor das hipóteses, de ofensa reflexa à Constituição, ambas estranhas à fiscalização de constitucionalidade, tanto na via incidental quanto na principal. Se o decreto regulamentar reproduz inconstitucionalidade contida na legislação regulamentada, esta é que deve ser objeto do controle de constitucionalidade. Sobre o tema há farta jurisprudência do STF, podendo-se mencionar os acórdãos das ADIs 594 (RTJ 151:20), 763-SP (RTJ 145:136), 1.383-1/RS (RT 737:151), 1.396-SC (RTJ 167:397), 1.435-DF-MC (RTJ 170:415) e dos Recursos Extraordinários n. 189.550-SP (2ª Turma - RTJ 166:611) e 154.027-SP (2ª Turma - RTJ 166:584), conforme referência feita por Antônio Joaquim Ferreira Custódio, *Constituição Federal interpretada pelo STF*, 8. ed., São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004, p. 158-9.

<sup>742</sup> Cite-se, por todos, o acórdão proferido pelo STF na Rcl 337 (RTJ 164:832).



dos Estados<sup>743</sup>. Nesse caso, a competência para processar e julgar a ação direta é do Tribunal de Justiça do Estado<sup>744</sup>, e o objeto do controle principal estadual abrange as leis e atos normativos estaduais e municipais, porém sempre se apurando a sua constitucionalidade em face da Constituição Estadual. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, diante do texto-sede do controle abstrato de normas estadual, manteve a orientação firmada sob a égide da Constituição anterior, no sentido de que é vedado ao Poder Constituinte Estadual instituir ação direta de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal<sup>745</sup>.

No que respeita à ação direta de constitucionalidade, há controvérsia doutrinária sobre a viabilidade de sua previsão nas Constituições Estaduais<sup>746</sup>. Sob o regime da Constituição de 1967/69, no silêncio de suas disposições, parecia-nos possível a instituição do controle principal em nível estadual, com base: no poder de auto-organização reconhecido aos Estados; na supremacia de que gozam as respectivas Constituições; na necessidade de assegurá-la por meio de eficiente sistema de controle; na existência do controle abstrato em nível federal, porém restrito à salvaguarda da Constituição da República; e, finalmente, na circunstância de que a mera adequação de um instituto processual ao ordenamento local não importa em usurpação da competência privativa da União para legislar sobre processo. Todavia, já não se pode dizer o mesmo diante da orientação adotada na matéria pelo Constituinte de 1988, que, certamente influenciado pela ju-

743 Foi o que fez, por exemplo, o Estado de São Paulo, consoante os arts. 74, VI, e 90 da Constituição paulista.

744 Veja-se a nota de rodapé n. 713, do item precedente.

745 Bem por isso, na ADI 347-0/SP, o STF declarou parcialmente inconstitucional dispositivo da Constituição de São Paulo [inc. XI do art. 74] que atribuía ao Tribunal de Justiça local competência para processar e julgar "representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestados em face da Constituição Federal" [a censura incidiu, precisamente, sobre a expressão "federal"].

746 José Afonso da Silva, em seu *Curso*, cit., p. 61, observa que não "está prevista a possibilidade de sua criação nos Estados", o que parece indicar posição negativa. Em sentido oposto, Nagib Slaibi Filho, in *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 92-97, sustenta que poderiam ser instituídas ações declaratórias de constitucionalidade estaduais, desde que observados os parâmetros do instituto em nível federal, entendimento esse acompanhado por Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, cit., p. 634, e por Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 178. Também é esse o ponto de vista de Gilmar Ferreira Mendes, sob o fundamento, orientador de muitas de suas posições, de que a ADC nada mais é do que uma ADI com sinal trocado. Cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 337-47.

risprudência do Supremo Tribunal Federal, decidiu disciplinar a utilização da via principal de controle no âmbito estadual, admitindo-a, porém, com restrições importantes no tocante aos atos controlados, ao parâmetro de confronto e à legitimação para agir. Ora, a criação da ação direta declaratória de constitucionalidade em nível federal não se fez acompanhar de nenhuma disposição permissiva da instituição de idêntico mecanismo no âmbito dos Estados-membros, e isso mesmo agora que, por força da EC n. 45/2004, se atribuiu legitimidade aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como às Mesas das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, para postulare a declaração de constitucionalidade de leis federais perante o Supremo Tribunal Federal. A melhor intelecção do Texto Magno, em relação à ação direta de constitucionalidade estadual, portanto, é a de que se está diante de "silêncio eloquente"<sup>747</sup> do Constituinte, que não remeteu a matéria às Constituições locais e sim recusou autorização para o alargamento do controle principal estadual, nos moldes da EC n. 3/93, no que concerne ao nível federal. Não nos seduz o argumento de Gilmar Ferreira Mendes de que a ação declaratória de constitucionalidade nada mais representa do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado, porquanto entre uma e outra há sensíveis diferenças quanto ao objeto e efeitos da decisão de controle, como veremos no próximo item, de tal sorte que, enquanto a ADI se ordena à preservação da Constituição [Federal ou Estadual], com a ADC se busca a preservação da legislação federal, cuja aplicação esteja sendo recusada por suposta violação à Lei Maior.

O controle em via principal brasileiro é sempre abstrato, ou seja, inteiramente desvinculado das relações jurídicas subjacentes ao ato legislativo cuja constitucionalidade está sendo verificada, do que decorre a natureza objetiva do contencioso que instaura<sup>748</sup>. Diante dessa condição de contencioso objetivo, não há que falar em partes, no sentido próprio do termo<sup>749</sup>,

747 Trata-se de expressão de largo uso na doutrina germânica, como deixa patenteado Gilmar Ferreira Mendes, in *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 319.

748 Gilmar Ferreira Mendes informa que a designação do processo de controle abstrato de normas como típico processo objetivo foi formulada inicialmente em parecer por ele emitido na Rep. de Inconst. n. 1.045, tendo merecido transcrição no voto do relator, Min. Moreira Alves. Cf. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 129-30, nota de rodapé n. 32.

749 De acordo com doutrina clássica do processo, "partes são os sujeitos da ação (sujeitos no sentido formal), que de ordinário se confundem, mas não necessariamente (...) com os sujeitos da lide e da pretensão (sujeitos no sentido material)", ocorrendo no fenômeno da



muito embora haja órgãos e entidades legitimados a deflagrar o processo de controle, os quais mais adequadamente se poderiam denominar requerentes da medida. A legitimação para agir, vale dizer, para pleitear a decisão de controle, declaratória da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade do ato impugnado, não pode ser atribuída em correlação com os interesses subjetivos em pauta, porquanto estes nada contam em um processo de índole objetiva. Desse modo, a disciplina constitucional das ações diretas comporta a fixação de um rol de órgãos ou entidades, de natureza pública ou privada, que o Constituinte entende adequadas para provocar o exercício da fiscalização, podendo fazê-lo sem a necessidade de demonstrar conexão pessoal com algum interesse material decorrente do decreto de procedência da ação. Assim deve, portanto, ser compreendida a relação de autoridades, órgãos e entidades a quem o art. 103, *caput*, da Constituição Federal deferiu a prerrogativa de requerer a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, bem como a declaração de constitucionalidade de lei federal. Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inspirada pelo claro propósito de restringir o volume de ações diretas, tem exigido de alguns dos legitimados a demonstração de uma relação de pertinência entre os fins (políticos ou estatutários) da entidade requerente ou a que se vincula a autoridade ou órgão requerente e o pedido formulado<sup>750</sup>, recebendo merecida crítica de Gilmar Ferreira Mendes, quer pela natureza objetiva do contencioso, quer pela absoluta ausência de respaldo em texto constitucional<sup>751</sup>. Não se trata, de toda

substituição processual precisamente a coisa entre a parte formal (que é o substituto) e a parte material (que é o substituído). Cf. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo, Max Limonad, 1962, v. 1, p. 355 e 385-6. Não havendo lide e pretensões subjetivas em confronto, não há partes nos processos objetivos.

750 No caso, exige-se a chamada pertinência temática dos Governadores dos Estados e do DF, das Mesas das Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa do DF, das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional. Aos demais legitimados do art. 103, *caput*, dispensa-se a demonstração da relação de pertinência, por serem considerados legitimados universais, isto é, que sempre podem provocar o controle principal. Cf. Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 120.

751 *Veja-se Jurisdição constitucional*, cit., p. 142: "Ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre esses conceitos vagos - entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical -, não há dúvida de que eles devem ser fixados pelo legislador e não pelo Tribunal, no exercício de sua atividade jurisdicional. O recurso à analogia aqui é de duvidosa exatidão. Mais problemática ainda se afigura a exigência de que haja uma relação de pertinência entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical. Cuida-se de inequívoca restrição ao direito de

forma, de uma concepção subjetivista da legitimação ativa, pois a relação de pertinência se estabelece em tese e não tendo em vista uma específica vinculação com interesses concretos subjacentes à legislação censurada. De outra parte, não existem, propriamente, legitimados passivos, mas sim autoridades ou órgãos aos quais são solicitadas informações, usualmente aqueles responsáveis pela edição da lei ou ato normativo impugnado<sup>752</sup>, não se admitindo a intervenção de terceiros<sup>753</sup>.

As considerações *supra* e *retro* se aplicam à legitimação ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade estaduais; nesse caso, cabe às Constituições Estaduais indicar o rol de legitimados, desde que observado o critério da pluralidade<sup>754</sup>, que, entretanto, pode ser mais reduzida do que aquela por que se pautou o Constituinte Federal.

O controle abstrato de normas, ainda que de natureza objetiva, configura exercício, mesmo atípico, da jurisdição, como já se viu no item 8. Destarte, as principais características da atividade jurisdicional estão presentes na fiscalização abstrata, como é o caso da aplicação da lei, enquadrando seu objetivo imediato, a inércia inicial da atividade e a definitividade das decisões. Aquele segundo traço característico (inércia) está associado ao princípio da ação, pelo qual cabe à parte ou ao legitimado objetivo a "iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional"<sup>755</sup>. Uma das decorrências do princípio da ação, na esfera da jurisdição constitucional em via principal, é a exigência de que o tribunal investido na competência

propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação - análoga, talvez, ao interesse de agir - que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas." De fato, parece aceitável, em tese, já que disso não tratou a Lei Federal n. 9.868/99, que o STF procure estabelecer critérios para delimitar o que seja "entidade de classe" e de "âmbito nacional", mas não que possa exigir o preenchimento do requisito da pertinência temática, inclusive, o que é ainda mais grave, de autoridades e órgãos estaduais, que devem sempre atuar em defesa do interesse público. 752 *Veja-se* o art. 62 da Lei Federal n. 9.868/99.

753 É o que prescrevem os arts. 72, *caput*, e 18 da Lei Federal n. 9.868/99, o primeiro relativamente às ADIs e o segundo com respeito às ADCs. Os terceiros a que se refere o legislador ordinário são aqueles que pretendam ingressar no processo estribados em algum interesse subjetivo específico e não os que, vinculados de algum modo ao tema da ação, pretendam apenas contribuir para o adensamento do debate constitucional (*amicus curiae*). 754 O § 2º, do art. 125, da CF veda a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

755 Cf. Antônio Carlos de Araujo Cintra e outros, *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 57.



de controle observe a precisa delimitação do pedido<sup>756</sup>, vale dizer, não é possível, por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo não impugnado, salvo se de caráter acessório ou instrumental em relação a outro declarado inconstitucional. No entanto, não está o órgão de controle adstrito aos fundamentos jurídicos que lhe são apresentados na petição inicial, "cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal"<sup>757</sup>.

A natureza objetiva e eminentemente pública do controle abstrato de normas impede, por outro lado, que nos processos em que se manifesta seja aplicado o chamado princípio da disponibilidade processual<sup>758</sup>, razão pela qual não se admite a desistência da ação<sup>759</sup>, muito embora não nos pareça correta a extensão dessa regra aos pedidos de liminar em ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade<sup>760</sup>, porquanto a urgência e a importância da concessão da medida cautelar são mais bem avaliadas pelo próprio requerente, em nada prejudicando a sua desistência a averiguação, em sede de exame de mérito, da constitucionalidade do ato impugnado<sup>761</sup>.

756 De acordo com a Lei n. 9.868/99, nas ADIs a petição inicial deve indicar "o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações", bem como "o pedido, com suas especificações" (art. 3º, I e II), exigências essas que, *mutatis mutandis*, são repetidas no tocante às ADCs (art. 14, I e II).

757 José Carlos Moreira Alves, *A evolução do controle*, cit., p. 149.

758 A prevalência ou não do princípio da disponibilidade processual está diretamente relacionada aos interesses materiais protegidos por meio do processo, conforme anotam Araújo Cintra e outros, ob. cit., p. 60. Se forem bens indisponíveis, o princípio não tem cabimento. Ora, nos processos de controle abstrato de normas não há interesses materiais a serem protegidos, destinando-se a atuação jurisdicional apenas à preservação da supremacia da Constituição, objetivo de elevado interesse público.

759 A regra, que já constava do RISTF (art. 169, § 1º), em face da jurisprudência do Pretório Excelso, consolidada à luz da Constituição de 1967/69, está expressamente estipulada em dispositivos da Lei n. 9.868/99, valendo tanto para as ADIs quanto para as ADCs (arts. 5º e 16, respectivamente).

760 É a orientação que tem prevalecido na jurisprudência do STF, conforme se constata de decisão adotada na ADI 892-7/RS (RT 750:179): "O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle normativo abstrato, impede, por razões exclusivamente fundadas no interesse público, que o autor da ação direta de inconstitucionalidade venha a desistir do pedido de medida cautelar por ele eventualmente formulado."

761 A propósito, a concessão de liminar em ADI implica a suspensão, a princípio *ex nunc*, da execução da lei ou ato normativo questionado, ao passo que a concessão de liminar em ADC importa na "determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo" (arts. 11 e 21 da LF n. 9.868/99). É certo, de outra parte, que o requerente do controle em via principal pode não formular pedido de liminar.

Uma derradeira consequência da natureza abstrata e objetiva do controle principal se verifica em relação ao princípio do contraditório. Cuidado se, é certo, de princípio processual de porte constitucional (art. 5º, IV, da CF), que não admite exceções no plano dos processos de índole subjetiva, cuja configuração, porém, está diretamente vinculada a essa modalidade de contencioso<sup>762</sup>. Não se estabelece propriamente um contraditório nos processos de controle abstrato de normas, o que não significa, porém, tendo em vista a complexidade que a interpretação constitucional assume nas sociedades democráticas contemporâneas e a necessidade de legitimar os seus resultados, que não se deva propiciar certa abertura procedimental para a manifestação de certos órgãos ou entidades, públicas ou privadas, afirmando-se, previamente, a sua representatividade, como, em boa hora, permitiu a Lei Federal n. 9.868/99 (art. 7º, § 2º). De outra banda, o caráter técnico e frequentemente prospectivo da abrangente legislação dos Estados democrático-sociais impõe ao órgão de controle a necessidade de melhorar o nível de informação sobre a repercussão, existente ou esperada, do ato objeto de controle sobre a realidade fática. Nessa linha, a disposição do art. 9º, § 1º, da Lei Federal n. 9.868/99<sup>763</sup>.

### 33 Eficácia objetiva e subjetiva das decisões de controle

Deve-se, nesse tópico, apontar o que está compreendido nos efeitos das decisões de controle e quem suporta os efeitos dessas decisões, perfiladas tanto na via incidental quanto na principal.

No que se refere à sua eficácia objetiva, as decisões de controle colhem atos legislativos ou atos administrativos normativos<sup>764</sup>, desde que, em relação a estes, esteja configurado o vício de inconstitucionalidade e não de ilegalidade, como visto no item precedente, e o fazem no sentido de lhes

762 Consoante demonstram Araújo Cintra e outros, em sua *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 55-7, o princípio do contraditório está umbilicalmente ligado à estrutura dialética do contencioso subjetivo, tanto que uma de suas manifestações consiste exatamente no princípio da audiência bilateral (*audiatur et altera pars*). Daí por que a Constituição Federal assegura o contraditório e a ampla defesa aos "litigantes" e aos "acusados em geral".

763 Sobre a justificativa teórica dos dispositivos legais mencionados, veja-se o texto de Gilmar Ferreira Mendes, intitulado Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 493-518.

764 Não vamos cuidar aqui da omissão legislativa ou administrativo-normativa, que será tratada em item específico (de n. 36).



reconhecer a invalidade<sup>765</sup>, o que os priva de qualquer efeito jurídico próprio<sup>766</sup>. O ato impugnado pode ser declarado inconstitucional na totalidade de seus dispositivos ou apenas parcialmente. Essa inconstitucionalidade parcial, por outro lado, desdobra-se em várias espécies: há, por assim dizer, uma inconstitucionalidade parcial quantitativa, que se reporta ao ato normativo em sua expressão formal, contaminando alguns de seus dispositivos (artigos, incisos, parágrafos etc.) ou meramente sentenças ou até mesmo simples expressões deles constantes<sup>767</sup>; e uma inconstitucionalidade parcial qualitativa, que, reportando-se ao conteúdo (norma) de um ou mais dispositivos do ato questionado, fulmina variantes interpretativas a eles vinculadas<sup>768</sup>.

As decisões de controle que consubstanciam opção entre possibilidades de interpretação de dispositivos do ato fiscalizado não se revestem de maior complexidade na via incidental, em razão da circunstância de que se atua limitadamente ao caso concreto, servindo o deslinde da prejudicial de inconstitucionalidade apenas para abrir caminho à solução da lide, sem

765 Não iremos cogitar, por ora, das decisões de controle preferidas em ações diretas declaratórias de constitucionalidade, em face das peculiaridades de que se revestem.

766 Isso ocorre por se atribuir ao ato inconstitucional, no sistema jurídico brasileiro, uma invalidade radical, inerente à sanção de nulidade, que o impede de se projetar no plano da eficácia. Pode-se, assim, afirmar que a lei inconstitucional, entre nós, apresenta apenas uma aparente vigência, na medida em que jamais se habilita a preencher os requisitos necessários à aquisição de eficácia. Cf., a propósito, a nossa obra *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 35-41, em que ressaltamos a possibilidade de a lei maculada por inconstitucionalidade produzir efeitos impróprios, vale dizer, decorrentes da consolidação de situações fáticas em que foi aplicada, tendo em vista exigências no plano da segurança jurídica.

767 Acerca dos limites da declaração de inconstitucionalidade parcial, sob o prisma quantitativo, em face da dependência lógica ou teleológica dos dispositivos isentos de vício em relação àqueles viciados, veja-se nosso trabalho *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 163-5, e Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 281-4.

768 A distinção entre texto e conteúdo normativo ou entre dispositivo e norma jurídica é essencial à moderna Hermenêutica constitucional, evidenciando-se pela circunstância de que um único dispositivo pode conter diversas normas ou, ao contrário, uma única prescrição normativa pode assentar-se em mais de um dispositivo. Canoilho a situa como um dos pressupostos do método normativo-estruturante por ele preconizado para a exegese constitucional, em que se admite a existência de um "espaço de interpretação" a partir da base textual, por vezes aberto a mais de uma proposta interpretativa. Bem por isso, o espaço de interpretação é definido como "o âmbito dentro do qual o programa normativo (= medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma". Veja-se *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1195-222.

extrapolação de efeitos a outras situações fáticas conflituosas<sup>769</sup>. O Supremo Tribunal Federal (ou qualquer outra corte revisora), quando insatisfeito a rever decisão declaratória de inconstitucionalidade de instância inferior, de natureza interpretativa<sup>770</sup>, tem a alternativa de acolher ou desacolher a exegese propugnada, resulte ela ou não na inconstitucionalidade do ato controlado, julgando, na sequência, o mérito da causa. Com efeito, mesmo em sede de recurso extraordinário, cujo cabimento é limitado a matérias constitucionais, a Corte Suprema atua proferindo decisão substitutiva daquela recorrida, no ponto que tiver sido objeto de recurso (art. 512 do CPC). Nisso consiste o chamado efeito devolutivo, inerente a todo e qualquer recurso no sistema processual brasileiro<sup>771</sup>, que legitima o Supremo Tribunal Federal a, uma vez conhecido o recurso extraordinário, julgar a causa, aplicando o direito à espécie<sup>772</sup> e mesmo apreciando questões de fato com base na prova dos autos, embora não seja cabível o apelo extremo para simples reexame de prova<sup>773</sup>. Ora, em se tratando de controle incidental difuso, com efeitos restritos ao caso concreto em que foi suscitado, não há razão para, por exemplo, declarar a inconstitucionalidade de determinada variante interpretativa se existe outra possibilidade exegética para o dispositivo que o torna perfeitamente compatível com a Constituição. Uma vez adotada a interpretação harmonizadora, estará sendo adequadamente equacionado o litígio, com a preservação do ato legislativo questionado e com a observância da supremacia das normas constitucionais.

769 Nesse sentido a observação de Gilmar Ferreira Mendes, em *Jurisdição constitucional*, cit., p. 268: "De há muito vale-se o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere uma decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas." E é exatamente por isso que no controle incidental concentrado praticado no sistema europeu, propiciador de decisões restritas à questão de constitucionalidade e com efeitos gerais, que transcendem ao caso concreto em que foi suscitado o incidente, as decisões interpretativas assumem grande diversidade e complexidade técnica.

770 É a terminologia empregada pela doutrina italiana a propósito de decisões de controle que realizam opções exegéticas. Veja-se, entre outros, Lucio Pegoraro, no capítulo intitulado *Le garanzie costituzionali*, in *Diritto Costituzionale e Pubblico*, cit., p. 444-5, e Pietro Virga, *Diritto Costituzionale*, cit., p. 553-4.

771 Cf. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1975, v. 3, 2ª parte, p. 122.

772 Veja-se o art. 542, § 2º, do CPC, o art. 324 do RISTF e a Súmula 456 do STF.

773 Súmula n. 279 do STF.



É no plano do controle principal que as decisões ditas interpretativas adquirem tipicidade, distinguindo-se nitidamente daquelas em que o ato objeto de fiscalização é considerado em sua expressão formal ou textual, a que se vincula, por certo, determinado conteúdo normativo, porquanto, nas primeiras, o que se faz é distinguir entre programas normativos compatíveis e incompatíveis com a Constituição, tomando, pois, diretamente o conteúdo do ato legislativo como o objeto do controle.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde o regime da Carta de 1967/69, valia-se o Supremo Tribunal Federal da técnica de rejeitar a arguição emprestando aos dispositivos censurados entendimento que os tornasse conformes à Constituição<sup>774</sup>. Afinal, a doutrina pátria, especialmente por obra de Lúcio Bittencourt, já houvera importado a categoria do Direito Constitucional estadunidense no que concerne ao controle incidental<sup>775</sup>, não havendo razão de lhe recusar aplicação no âmbito do controle por meio de ação direta. Aos poucos, o Pretório Excelso se foi apercebendo de que a interpretação conciliadora não configurava mero postulado hermenêutico fundado na regra estrutural da unidade sistêmica do ordenamento jurídico, da qual decorre a necessidade de harmonizar a legislação infraconstitucional com as normas da Lei Maior, observada a precedência destas, mas sim autêntica modalidade decisória no controle principal, importando na improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, na exata medida em que se afirma a constitucionalidade dos dispositivos atacados, desde que adequadamente interpretados. Sucede, porém, que, ao se optar por um dos sentidos possíveis de determinado texto normativo, está-se, implicitamente, excluindo outros, cuja inconstitucionalidade, entretanto, acaba por não ser decretada pelo órgão de controle, permanecendo as variantes interpretativas colidentes com a Constituição à disposição dos

<sup>774</sup> Para uma resenha de diversos precedentes, à época das "representações de inconstitucionalidade", em relação ao uso da técnica da interpretação em conformidade com a Constituição, consulte-se Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*, cit., p. 289-91.

<sup>775</sup> Invocara o autor a consagrada lição de Cooley, segundo a qual "as Cortes devem, se possível, dar à lei interpretação tal que lhe permita manter-se válida e eficaz", assinalando em complemento: "Destarte, se uma lei pode ser interpretada em dois sentidos, um que a torna incompatível com a Lei Suprema, outro que permite a sua eficácia, a última interpretação é a que deve prevalecer. Assim o tem decidido reiteradamente a Corte Suprema americana, sustentando que, na hipótese aventada, é dever precípuo do juiz *it is our plain duty* - adotar a exegese que salve a lei da inconstitucionalidade." *O controle jurisdicional*, cit., p. 93-4.

operadores do sistema<sup>776</sup>. Disso resulta que as decisões de controle que se limitam a fazer o uso da interpretação conforme configuram, na verdade, decisões de improcedência total de ações diretas de inconstitucionalidade, pois o ato legislativo ou administrativo-normativo controvertido é preservado na integralidade de seus dispositivos e, muito embora haja elementos para declarar a invalidade de determinadas propostas interpretativas referentes a um ou a mais de um deles, isso deixa de ser feito. As decisões de controle que se limitam a emprestar interpretação conciliadora aos atos normativos *sub censura* não podem ser tidas, pois, como de procedência parcial da ação, com a identificação de inconstitucionalidade parcial qualitativa.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal houve e ainda há certa vacilação a respeito dessa matéria, registrando-se votos condutores de julgamentos que explicitamente consideram decisões declaratórias da constitucionalidade de leis por interpretação conforme como de procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, consoante se constata do acórdão prolatado ao ensejo do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n. 1.417. Na ocasião, o relator, Ministro Moreira Alves, consignou em seu voto que a Corte Constitucional também exerce poder de censura quando "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 de texto), "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"<sup>777</sup>. É de ser repelida,

<sup>776</sup> Em um sistema de controle fundado na sanção de nulidade, como o brasileiro, não se pode dizer que tais alternativas exegéticas sejam válidas. No entanto, a não decretação de sua inconstitucionalidade por decisão com efeitos gerais mantém a situação de incerteza no plano pragmático, pois parte-se do pressuposto de que se trata de textos normativos que admitem amplo espaço de interpretação.

<sup>777</sup> *RTJ* 126:48. Gilmar Ferreira Mendes discute amplamente essa decisão do STF, proferida em representação por inconstitucionalidade oferecida pelo então Procurador-Geral da República Sepúlveda Pertence, em que o requerente formulou pedido sucessivo de interpretação vinculante do dispositivo impugnado (§ 3º, do art. 65, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LC n. 35/79), para a hipótese de lhe ser declarada a constitucionalidade por interpretação conforme, fundado na existência, à época, da chamada representação interpretativa [art. 119, I, I, da CF de 1967/69, com a redação da EC n. 7/77]. O STF, efetivamente, declarou a constitucionalidade do dispositivo em razão de interpretação conciliadora, porém não acolheu o pedido sucessivo, por entender que se tratava de instrumentos com finalidade, procedimento e eficácia distintos, muito embora se tenha salientado que o objetivo buscado pelo Chefe do Ministério Público Federal estaria coberto pela técnica decisória utilizada. Cf. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 271-4.



no entanto, a equiparação entre a decisão de improcedência de ação direta de inconstitucionalidade por interpretação conformadora do ato legislativo impugnado e a decisão de procedência parcial, para a declaração de sua inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>778</sup>. Na primeira hipótese, o órgão jurisdicional de controle, no dispositivo da decisão, limita-se a declarar a constitucionalidade das cláusulas do ato impugnado, desde que interpretado de certo modo, abstendo-se de decretar a inconstitucionalidade das variantes interpretativas que se apresentam. É certo que, no fundamento do decisório, discute-se amplamente a matéria, apontando-se a incompatibilidade, genericamente, de todas as exegeses diversas daquela prestigiada, por ser compatível com a Lei Maior, ou ao menos de algumas, especificamente indicadas. Isso não é, contudo, suficiente para que se possa pretender que tenha sido julgada parcialmente procedente a ação, com a declaração de invalidade das alternativas exegéticas repelidas pela Corte Constitucional, porquanto no direito processual brasileiro se acolhe o princípio de que os efeitos da decisão ficam restritos à sua parte dispositiva, não podendo ser extraídos de sua motivação<sup>779</sup>.

A partir da década de noventa, vem o Supremo Tribunal Federal fazendo uso, igualmente, da técnica decisória consistente na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Nessa hipótese, conforme ensinada Gilmar Ferreira Mendes, lastreado na doutrina germânica, constata-se "a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal"<sup>780</sup>. Portanto, no dispositivo da decisão de

778 Na doutrina, a matéria ainda não se encontra pacificada. Gilmar Ferreira Mendes, em *Jurisdição constitucional*, cit., p. 275, anota que "a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição prepara dificuldades significativas". Na verdade, mostra esse autor as nítidas diferenças entre as duas categorias decisórias, porém não nos parece, *data venia*, que tenha explorado adequadamente as consequências da distinção, encaminhando-se por propugnar a adoção preferencial da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Já Luis Roberto Barroso, em *O controle de constitucionalidade*, cit., p. 159-60, após observar que as duas figuras são frequentemente equiparadas pela doutrina e pela jurisprudência, a despeito de mencionar esforços doutrinários no sentido de apartá-las claramente, mesmo distinguindo-as conceitualmente não deixa de apresentá-las como produtoras de resultados semelhantes, importando, ambas, segundo o constitucionalista fluminense, na exclusão, com eficácia vinculante, das interpretações tidas como desconformes à Constituição.

779 Por essa razão, "não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença" (art. 469, I, do CPC).  
780 *Jurisdição constitucional*, p. 275.

*Unconnot sem reduzir como de texto*

controle se declara a invalidade de uma ou mais variantes interpretativas que os textos fiscalizados autorizam, sem, entretanto, fulminá-los pura e simplesmente, com o que permanecem hábeis a suportar propostas exegéticas que não tenham sido excluídas pelo julgado<sup>781</sup>. Nesse caso, é estreme de dúvidas de que se está diante de um julgamento no sentido da procedência parcial da ação direta, procedência parcial essa de natureza qualitativa, por se reportar ao conteúdo normativo do ato controlado. O precedente mais longínquo que se logrou localizar na jurisprudência do Pretório Excelso, em relação a essa modalidade decisória, está consubstanciado no acórdão referente ao pedido de medida liminar na ADI 491-AM, cuja parte dispositiva consignou que, "por votação unânime, o Tribunal deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, *ex nunc*, a eficácia do art. 9º da Lei n. 1.946, de 14 de março de 1990, do Estado do Amazonas, bem como, sem redução de seu texto expreso, a aplicação do parágrafo único do art. 86 da Constituição do mesmo Estado, no que concerne à remissão ao inciso V do art. 64 da Carta Magna Estadual"<sup>782</sup>. Gilmar Ferreira Mendes invoca outras decisões subsequentes (ADI 439, rel. Min. Sydney Sanches; ADI 1.045, rel. Min. Marco Aurélio) para demonstrar que "a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", afirmando que tudo estaria a indicar que, gradual e positivamente, a Corte "afastou-se da posição inicialmente fixada, que equiparava simplesmente a interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto"<sup>783</sup>.

Mas, se é razoável supor que a utilização mais frequente da técnica decisória da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto redundará, afinal, em nítida distinção relativamente à declaração de constitucionalidade por interpretação conforme, a verdade é que, até o momento, não se atingiu esse estágio evolutivo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Enquanto orientação geral poder-se-ia recomendar o seguinte: sempre que os dispositivos legais objeto de fiscalização comportarem, de modo consistente, variantes interpretativas que os antagonizem

781 É de observar que as linhas de interpretação declaradas inválidas não o são abstratamente ou em tese e sim tendo como referência o texto legal preservado, com o que não há que pretender a aplicação do julgado a textos legais de igual teor, mas que tenham sido veiculados por atos legislativos formalmente diversos.

782 RTJ 137:90-100.

783 *Jurisdição constitucional*, cit., p. 276-7.



com a Constituição, deverá o órgão de controle optar pela declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa, isto é, que exclua tais interpretações, preservando o texto normativo; ao contrário, se os dispositivos fiscalizados, além da exegese que os harmonize com a Carta Magna, ensejarem apenas a possibilidade de interpretações com baixa possibilidade de adesão entre os operadores do sistema jurídico, deve-se construir decisão declaratória de constitucionalidade, emprestando-se à legislação increpada interpretação conforme. É evidente que a expectativa do órgão de controle em relação à adesão às variantes interpretativas pode-se revelar infundada, acarretando a necessidade de, em um segundo momento, substituir a primitiva decisão de rejeição total da inconstitucionalidade alvitada, em face de interpretação harmonizadora, por decisão de acolhimento parcial da impugnação, no sentido de decretar a inconstitucionalidade das propostas exegéticas discrepantes que tenham vicejado na prática do sistema jurídico<sup>784</sup>. Bem por isso, deve o Supremo Tribunal Federal no desempenho do controle abstrato de normas levar em conta o que, na Itália, se denomina "direito vivo", ou seja, a interpretação consolidada na praxis jurisprudencial em relação aos dispositivos fiscalizados<sup>785</sup>.

Não se pode deixar de dizer que tanto a declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa quanto a declaração de constitucionalidade mediante o uso de interpretação harmonizadora partem do pressuposto de que o texto legal interpretado não estará sendo violentado relativamente ao sentido que brota de sua expressão gramatical, ao se postular a sua conservação<sup>786</sup>. De outro modo, haveria inequívoco abuso da função juris-

784 É o que tem caracterizado a prática das decisões interpretativas de rejeição pela Corte Constitucional italiana. Na medida em que a interpretação conciliadora preconizada pela Corte possui eficácia meramente persuasiva no que diz respeito à magistratura de base, pode esta persistir na adoção de exegeses que o órgão de controle entenda conflitantes com a Lei Maior: "Dessa maneira a Corte é levada a 'dobrar' a anterior sentença interpretativa de rejeição, com uma sentença que, desta feita, declare a inconstitucionalidade da lei [esse é o mecanismo que se denomina de 'dupla resolução']". Roberto Romboli, La tipologia de las decisiones de la Corte Constitucional, cit., p. 63.

785 Essa atenção à interpretação prevalecente na jurisprudência já houvera sido por nós reclamada em A inconstitucionalidade das leis, cit., p. 212, muito embora, à época, tenhamos deixado de propugnar pela utilização da técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

786 No voto proferido, na condição de relator, na Rp. 1.417, o Min. Moreira Alves já houvera sublinhado esse limite no tocante ao uso dessas duas modalidades decisórias, na ocasião, por ele fundadas. De igual teor, a manifestação de Canotilho a propósito da interpretação conforme: "[...] a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve

dicional exercida pelo órgão de controle, com grave ofensa à separação dos Poderes, porquanto o que se estaria a fazer, em última análise, seria a formulação de texto normativo substitutivo daquele editado pelo legislador. Se não há nada a ser preservado no programa normativo que brota dos dispositivos controlados, a única alternativa que resta é a decretação de sua inconstitucionalidade total.

Por último, importa registrar que, a despeito da inequívoca distinção entre as duas modalidades de decisão de controle interpretativas, é possível a sua combinação em um único julgado, do que resultaria uma categoria híbrida: a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, com a ressalva de variante exegética conforme à Constituição. Para tanto, como já foi visto, não basta a declaração, na parte dispositiva do acórdão, de que o texto impugnado é compatível com a Constituição desde que interpretado de determinado modo, o que configura mera decisão de improcedência total da ação direta sob a inspiração de interpretação conforme. Faz-se mister que a decisão de controle proclame a constitucionalidade do dispositivo censurado, por ser admissível interpretação harmonizadora, ao mesmo tempo em que declare a inconstitucionalidade de algumas ou de todas as demais variantes exegéticas compreendidas no espaço de interpretação. A justaposição das duas técnicas decisórias será particularmente útil quando: (A) se quiser influenciar os demais órgãos do Poder Judiciário quanto à maneira de interpretar o texto legal preservado; (B) a Suprema Corte estiver absolutamente segura quanto à inconstitucionalidade de todas as propostas interpretativas, à exclusão daquela que atribui à cláusula legal fiscalizada compatibilidade sistêmica, fazendo então uso da interpretação conforme para declarar a constitucionalidade dessa via interpretativa, ao mesmo tempo em que, *genérica* mas *expressamente*, decreta, *na parte dispositiva do decisório*, a invalidade de todas as demais possibilidades exegéticas.

afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente reconhecível da lei ou em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador." *Direito Constitucional*, cit., p. 1227, com a nota de que não nos parece relevante a observância da *mens legislatoris*, conforme também apontado por Gilmar Ferreira Mendes, in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 271: "A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto."



A essa altura impõe-se investigar a natureza das decisões de controle proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade, até aqui deixadas propositalmente à margem de nossas especulações. Se bem atentarmos para a configuração normativa e jurisprudencial dessa modalidade de ação direta, não será difícil chegar à conclusão de que toda e qualquer decisão de mérito provocada por esse instrumento de controle tem em mira determinado vício de inconstitucionalidade que o requerente pretende seja afastado com efeitos gerais. No caso de dispositivo legal cuja textualidade admita variantes interpretativas, a decisão de controle focará a interpretação a ele atribuída que, supostamente, acarreta a sua inconstitucionalidade<sup>787</sup>. Com efeito, antes mesmo da edição da Lei Federal n. 9.869/99, já se assentara na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que constitui pressuposto indeclinável do cabimento de ação declaratória de constitucionalidade a existência de controvérsia judicial relevante sobre a higidez do diploma normativo (federal) ou de parte de seus dispositivos<sup>788</sup>. Esse entendimento acabou sendo recepcionado pela referida legislação, que esta-versia (art. 14, III). Portanto, para que possa ser proposta a medida, é necessária a demonstração da existência de decisões judiciais, no âmbito do controle incidental, declaratórias da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, quer se trate de inconstitucionalidade total, quer parcial, nesse segundo caso, sob o prisma quantitativo ou qualitativo.

Afinal, se as decisões judiciais das instâncias de base afirmarem a constitucionalidade do ato legislativo em pauta, abrem-se alternativas que

jamais conduzirão à admissibilidade da ação. Destarte, se o requerente estiver de acordo, *in totum*, com a orientação das instâncias ordinárias (A), não haverá controvérsia sobre o tema, não sendo cabível uma abstrata declaração de constitucionalidade acerca de normas que já se presumem constitucionais<sup>789</sup>. Se o requerente estiver de acordo com a constitucionalidade do dispositivo em questão, mas lhe atribuir interpretação diversa das decisões judiciais (B), também não se poderá valer do instrumento, já que não existiria uma controvérsia sobre a constitucionalidade da cláusula legal e *sim*, exclusivamente, sobre a sua interpretação<sup>790</sup>. Por último, se o requerente estiver em desacordo com a orientação afirmativa da validade do ato legislativo em causa, por reputá-lo inconstitucional, no todo ou em parte (C), deverá propor ação direta de inconstitucionalidade, como é curial.

Em face das decisões judiciais que declaram a inconstitucionalidade do ato legislativo, atua o requerente no sentido da ratificação da presunção de sua constitucionalidade, mas o faz tendo em vista, única e tão somente, o vício (ou os vícios) apontado pelos referidos julgados e, no caso de dispositivos que comportem propostas exegéticas diversificadas, a interpretação (ou as interpretações) neles preconizada. Desse modo, se o requerente estiver de acordo com a inconstitucionalidade apontada pelas instâncias de base, mas sustentar que o dispositivo impugnado admite interpretação que o torna compatível com a Constituição, não há que lhe ser franqueada a via da ação declaratória de constitucionalidade. Com efeito, o sistema de controle de constitucionalidade está fundado no princípio da supremacia da Constituição, cabendo a todos os que nele intervêm comportar-se de acordo com essa premissa. Ora, os órgãos e entidades legitimados para a ação declaratória de constitucionalidade e que também o são para a ação direta de inconstitucionalidade<sup>791</sup>, diante de um texto legal que, consistentemente<sup>792</sup>, comporta

<sup>789</sup> Sobre a presunção de constitucionalidade, veja-se Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional*, cit., p. 91-6, e a nossa *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 203-5.

<sup>790</sup> A redação do inc. III, do art. 14, da Lei n. 9.868/99 se mostra deficiente a esse propósito, pois alude a "controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória". Todavia, há que entender que o legislador quis referir-se à validade do ato legislativo ou de um ou mais de seus dispositivos, pois é de uma declaração de constitucionalidade que se trata, sob pena de admitir o uso da ADC como um sucedâneo da antiga representação interpretativa, banida de nosso ordenamento com o advento da Carta de 1988.

<sup>791</sup> A EC n. 45/2004, ao conferir nova redação ao *caput* do art. 103 da Constituição, equiparou os legitimados para as duas ações diretas.

<sup>792</sup> A consistência, no caso, é pressuposta pela existência da controvérsia judicial.

<sup>787</sup> A inconstitucionalidade, nessa hipótese, será, via de regra, a de índole material, orgânica ou finalística; bem mais raramente a de natureza formal.

<sup>788</sup> Destarte, no voto que proferiu, na condição de relator, em questão de ordem suscitada na ADC 1-1/DF, a propósito da constitucionalidade do próprio instituto, instituído que fora por emenda constitucional (n. 3/93), o Min. Moreira Alves, ao rejeitar a alegação de que a ADC converteria o STF em órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo, asseverou: "Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é insito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexistia controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente." *Ação declaratória de constitucionalidade*, coord. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, cit., p. 201.



variantes exegéticas, sendo uma ajustada à Lei Maior e as demais com ela incompatíveis, devem ingressar com ação direta de inconstitucionalidade, para que restem estas, afinal, excluídas por decisão declaratória de sua inconstitucionalidade, e não com ação declaratória da constitucionalidade do dispositivo, desde que a ele se atribua interpretação conforme. A se entender a questão de outro modo, estar-se-á atribuindo maior relevância à preservação de atos normativos infraconstitucionais do que ao primado da Constituição, porquanto, como já demonstrado, as decisões que afastam o vício de inconstitucionalidade mediante a utilização de interpretação conciliadora não proclamam a invalidade das demais alternativas exegéticas<sup>793</sup>.

É preciso também perquirir se o órgão de controle, diante de uma ação declaratória de constitucionalidade, não poderia avaliar amplamente a higidez do ato legislativo impugnado, investigando a existência de vícios diversos daquele apontado nas decisões judiciais precedentes ou efetuando a fiscalização em relação a outras propostas interpretativas distintas daquela acolhida nos decisórios. A doutrina pátria não tem realizado incursões sobre a *quaestio*, não se podendo, também, diante do pequeno volume da jurisprudência até aqui acumulada em relação a essa modalidade de ação direta, extrair uma inequívoca orientação pretoriana a respeito. Parece-nos, entretanto, que se impõe uma resposta negativa. Nas ações diretas de inconstitucionalidade, o legitimado ativo é movido pela convicção de que o ato legislativo impugnado contraria a Lei Maior, total ou parcialmente. Opõe, por conseguinte, à presunção de constitucionalidade da lei argumentação, que se pressupõe o mais ampla possível, no sentido de sua invalidade. Ao contrário, nas ações diretas de constitucionalidade a questão consubstancial é posta de modo bastante limitado diante da Suprema Corte: a jurisprudência das instâncias ordinárias suscita a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato legislativo sob determinado ângulo, e a isso se contrapõe o requerente da medida, que pretende seja afastada, com efeitos gerais, a desconformidade apontada. Ora, se for consentido que o Supremo Tribunal Federal ultrapasse os marcos que delimitam a questão constitucional diante dele situada, proferindo decisão com eficácia *erga omnes*, que preserve amplamente o ato legislativo impugnado, estar-se-á enfraquecendo, sobretudo, a supremacia da Constituição, na medida em que a incons-

<sup>793</sup> Salvo se a interpretação conforme se combinar com a declaração de nulidade sem redução de texto. Entretanto, não pode uma ADC ser proposta com tal formulação, pois, nesse caso, estaria o requerente propugnando pela inconstitucionalidade, ainda que parcial, do dispositivo interpretando, o que refoge à finalidade do instrumento.

tucionalidade, muitas vezes, somente é percebida após certo tempo de contínua aplicação, ao passo que, na espécie, o controle abstrato em via principal pode vir a ser deflagrado depois de um curto período de vigência do diploma legal questionado<sup>794</sup>.

O controle incidental associado à característica subjetivo-estrutural da difusão se faz por meio de decisões que se limitam a apreciar a matéria constitucional em sede de fundamentação, porquanto, nessa vertente, cuida-se de superar questão prejudicial que antecede, logicamente, a apreciação do pedido. Diante disso, os efeitos objetivos das decisões de controle jamais adquirem a qualidade de coisa julgada<sup>795</sup>, muito embora, na medida em que transite em julgado a sentença de mérito (sobre o objeto principal do litúgio), a eficácia preclusiva de que se vê dotada acabe por impedir que, no mesmo processo, seja reapreciada a matéria constitucional. De modo diverso, no controle principal, em que a questão de constitucionalidade integra o pedido formulado pelo requerente, devendo ser dirimida na parte dispositiva do acórdão<sup>796</sup>, que a tanto se limita, os efeitos objetivos associados à solução da pendência são resguardados pela coisa julgada, formal e material. A isso se denomina limite objetivo da coisa julgada: apenas aos comandos contidos no dispositivo da sentença ou acórdão, e que constituem os seus efeitos, é atribuída definitividade, impedindo que sejam reexaminados no mesmo ou em outro processo<sup>797</sup>, por se tratar de matéria decidida. Os elementos abordados na fundamentação da decisão que julga ação direta, por mais relevantes que sejam para que se possa bem compreender o que foi decidido, jamais farão coisa julgada (art. 469, I, do CPC). Destarte, não se pode pretender que gozem de alguma sorte de força vinculativa as considerações feitas em sede de motivação sobre a correta maneira de interpretar as normas constitucionais paramétricas ou o próprio ato legislativo controlado. De igual modo, se o dispositivo do acórdão que

<sup>794</sup> Não há que argumentar com o fato de que também as ações diretas de inconstitucionalidade podem ser propostas imediatamente após a entrada em vigor da lei [até mesmo sem precisar aguardar seja a controvérsia suscitada nas instâncias ordinárias], podendo gerar decisões de improcedência, declaratórias de constitucionalidade. É que, consoante veremos na sequência do item, nessa hipótese não há que falar em formação de coisa julgada.

<sup>795</sup> Consulte-se o item 12, *retro*. No mesmo sentido, refletindo o consenso doutrinário, Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 86.

<sup>796</sup> Arts. 165 e 458, III, do CPC.

<sup>797</sup> As decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade não estão sujeitas a ação rescisória, nos termos do art. 26 da Lei Federal n. 9.868/99.



julga ação direta consubstancia a aplicação particularizada de tese jurídica sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, devidamente explicada na fundamentação do julgado, não significa isso que se lhe deva prestar acatamento, como se estivesse resguardada pela coisa julgada. O tema dos limites objetivos da coisa julgada no controle abstrato de normas não se deveria prestar a maiores discussões, na medida em que, à falta de um tratamento específico no plano constitucional, incide a disciplina vigente para os processos jurisdicionais em geral<sup>798</sup>. A atribuição de efeitos "vinculantes" às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na via principal de controle, primeiramente em relação às ações declaratórias de constitucionalidade<sup>799</sup> e posteriormente também com referência às ações diretas de inconstitucionalidade<sup>800</sup>, todavia, trouxe alguma turbulência ao assunto, como veremos no item seguinte.

No que concerne aos efeitos subjetivos das decisões de controle, reportamo-nos, inicialmente, a tudo o que foi dito, em termos gerais, no item 1.2. Na medida em que a via incidental do sistema de controle brasileiro se conjuga à difusão da competência para a fiscalização, não gerando decisões sobre a constitucionalidade de leis com autonomia (ainda que relativa) no que respeita à matéria principal (a controvérsia entre as partes acerca de relações jurídicas substanciais), não se pode reconhecer a estas mais do que efeitos *inter partes*, no sentido de que a superação da controvérsia constitucional acaba tornando-se preclusa entre as partes, na causa em que foi suscitada, por figurar na motivação da decisão de mérito proferida, bafejada pela coisa julgada *inter partes*, no tocante à sua parte dispositiva. Não há que falar, entretanto, em coisa julgada *inter partes*, como já se observou alhures.

A declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em nosso sistema de controle, somente adquire eficácia geral por meio de resolução do Senado suspensiva da execução, no todo ou em parte, de lei cuja invalidade tenha sido reconhecida em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal<sup>801</sup>. Observa-se, no entanto, forte tendência no sentido de atribuir eficácia *erga omnes* também às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de atos normativos proferidas incidentalmente.

798 Veja-se, por todos, Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 149, que peremptoriamente afirma que "a matéria não é controvertida".

799 Nos termos do § 2º, do art. 102, da CF, introduzido pela EC n. 3/93.

800 Art. 28, par. único, da Lei n. 9.868/99 e § 2º, do art. 102, da CF, com a redação da EC n. 45/2004.

801 Art. 52, X, da CF. Invocamos as considerações feitas no item 25.

No item 27, mencionamos proposta dessa natureza formulada pela Comissão, constituída no âmbito do Ministério da Justiça, que realizou os estudos que redundaram na proposta de emenda constitucional de reforma judiciária, convertida na Emenda n. 16 à Constituição de 1946. Ao longo da tramitação da proposta de emenda de reforma do Poder Judiciário que foi aprovada, dando ensejo à Emenda n. 45 à Constituição de 1988<sup>802</sup>, emergiram algumas proposições no sentido de criar um incidente de inconstitucionalidade que permitisse ao Supremo Tribunal Federal proferir, independentemente do conhecimento pleno da causa em sede recursal, decisão acerca da questão constitucional subjacente com eficácia *erga omnes*. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, a matriz dessas propostas teria sido cunhada durante a revisão constitucional de 1994, em cumprimento ao disposto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>803</sup>. O fato é que nem as emendas de revisão, nem tampouco a emenda recentemente promulgada sobre a reforma do Poder Judiciário acolheram essa nova modalidade de decisão funcional no julgamento de causas que envolvam controvérsia sobre a constitucionalidade de leis ou atos normativos, cuja adoção implicaria reconhecer eficácia geral vinculante a todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal na via incidental. Afinal, não faria sentido atribuir os efeitos de coisa julgada *erga omnes* às decisões do Pretório Excelso que importassem na superação dos incidentes, porém não àquelas que declarassem incidentalmente inconstitucionalidade no uso de competência recursal. Mas a tendência apontada permanece, tanto que, no momento, encontra-se em tramitação proposta de emenda à Constituição, de iniciativa do anterior Presidente da República, que retoma a ideia do incidente de inconstitucionalidade com efeitos transcendentais ao processo em que foi suscitado<sup>804</sup>. Aliás, no

802 Trata-se da PEC n. 96/92, tendo como autor original o então Deputado Hélio Bicudo. Sobre o histórico de sua extensa tramitação, veja-se Maria Tereza Sadek e Rogério Bastos Arantes, *Reforma do Judiciário*, cit., p. 7-21.

803 Cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 403. O autor faz uma resenha sobre a evolução da proposta no âmbito do Congresso Nacional, mostrando inclusive a nítida diferença existente entre o incidente alvitrado e o incidente de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado europeu.

804 Trata-se da PEC n. 406, de 2001, que propõe o acréscimo de um novo parágrafo ao art. 103, com a seguinte redação: "O Supremo Tribunal Federal, acolhendo incidente de inconstitucionalidade proposto por pessoas ou entidades referidas no caput, poderá, em casos de reconhecida relevância, determinar a suspensão de todos os processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão, com eficácia e efeito previstos no § 2º do art. 102, que verse exclusivamente sobre matéria constitucional suscitada."



espécie, não há situações subjetivas ativas de terceiros que sejam defendidas em juízo por um substituto processual, pois se trata de processo objetivo de controle de normas. Os efeitos subjetivos amplos que brotam das decisões de controle na via principal decorrem da própria natureza dos instrumentos processuais em foco, que têm como objeto exclusivo a avaliação da constitucionalidade de leis e atos normativos, cujos efeitos atingem a todos os que estão sujeitos à soberania estatal, não podendo ser impedidos, restringidos ou assegurados pela jurisdição constitucional senão por decisões com eficácia *erga omnes*.<sup>807</sup>

Cabe, finalmente, apontar, com a ressalva da existência de acentuado dissídio doutrinário a respeito, que apenas as decisões que julgam procedentes ações diretas, sejam de inconstitucionalidade, sejam de constitucionalidade, beneficiam-se da coisa julgada *erga omnes* e, portanto, dos efeitos objetivos e subjetivos a ela associados<sup>808</sup>. Antes do advento da ação direta declaratória de constitucionalidade, predominava a orientação no sentido de que a improcedência de ação direta de inconstitucionalidade não importava em declaração de constitucionalidade da lei impugnada com efeitos gerais<sup>809</sup>.

<sup>807</sup> Por isso a doutrina e a jurisprudência já proclamavam que as decisões de mérito em ADIs e ADCs fazem coisa julgada *erga omnes*, antes mesmo que a EC n. 45/2004 houvesse consagrado tal entendimento, ao dar nova redação ao § 2º, do art. 102, da CF. Se a eficácia geral desses julgados estivesse associada à figura da substituição processual, somente a partir dessa novação constitucional poderia prevalecer, já que a chamada legitimação extraordinária, como é cediço, exige previsão legal expressa (art. 6º do CPC).

<sup>808</sup> Embora, em geral, não se faça a ressalva, é claro que se trata aqui da coisa julgada em sentido material, pois, sob o ângulo formal, toda e qualquer decisão de mérito em ação direta faz coisa julgada, tornando-se definitiva no processo em que proferida, por força da preclusão recursal.

<sup>809</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, no artigo Controle da constitucionalidade, cit., p. 5, dissentindo do entendimento contrário de Celso Bastos: "(...) segundo o autor, a declaração de constitucionalidade, se manifestada pela maioria constitucional necessária à declaração de inconstitucionalidade, também faria coisa julgada *erga omnes*. Apesar de sugestiva, a ideia poderia dificilmente prosperar em um sistema em que a função controladora, na ação direta, somente era a de colher os atos inconstitucionais, sendo missão do Supremo declarar a inconstitucionalidade e não a constitucionalidade." Gilmar Ferreira Mendes é ardoroso defensor da tese minoritária, fundando-se na disposição do art. 173, *caput*, do RISTF, segundo a qual, observado o quórum para a votação de matéria constitucional de 8 Ministros (art. 143), também a decretação da improcedência de ADI, com a declaração de constitucionalidade do ato ou dispositivo impugnado, exige o voto da maioria dos integrantes da Corte (6 Ministros): "Assim, pode-se afirmar, com segurança entre nós, que a eficácia *erga omnes* parece ser um atributo das decisões de mérito de determinados processos - especialmente dos chamados processos *objetivos* - e não qualidade apenas de determinada decisão (*decisão de acolhimento*). Parece legítimo admitir, portanto, que, já no

âmbito doutrinário, já se registram ousadas proposições no sentido de reconhecer desde logo, promovendo uma espécie de mutação constitucional, a eficácia geral e vinculante das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que proclamem a invalidade de atos normativos contrários à Constituição, também na via incidental<sup>805</sup>.

No que tange ao controle principal, conforme assinalado no item 12, as decisões declaratórias de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade produzem coisa julgada *erga omnes*, tanto na sua dimensão formal (especificamente da decisão no mesmo processo, por se operar a preclusão máxima) quanto na sua dimensão material (vinculação de todos, sejam pessoas públicas ou privadas, ao decidido, que deve ser levado em conta mesmo em outros processos). Afinal, nesse caso, versam elas sobre o próprio mérito, vale dizer, o pedido formulado pelo requerente, que se restringe à controvérsia constitucional, apreciada em abstrato. O fundamento do reconhecimento de efeitos *erga omnes* às decisões de mérito em ações diretas tem sido buscado, por alguns autores, na figura da substituição processual<sup>806</sup>. Não nos parece, entretanto, que lhes assista razão, porquanto o fenômeno da substituição processual está intimamente vinculado a um processo de partes, isto é, ao contencioso de feições subjetivas, o que não é o caso. Na

<sup>805</sup> É o que sustenta Gilmar Ferreira Mendes, no artigo publicado em 2004, sob o título O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional, cit., p. 165, em que o renomado jurista aduz, em linha de conclusão: "Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo." O fulcro de sua argumentação reside no fato de haver o STF firmado orientação no sentido de entender dispensável a aplicação do art. 97 da CF quando já tiver ele declarado a inconstitucionalidade da lei, "ainda que no modelo incidental", o que acabou sendo consagrado pela legislação processual civil (par. único, do art. 481, do CPC, introduzido pela Lei n. 9.756/98). Porém, conforme apontamos no item precedente, não procede o entendimento de que estariam as instâncias ordinárias vinculadas ao julgado anterior do STF, devendo, *obrigatoriamente*, dispensar a instauração do incidente recursal.

<sup>806</sup> É o magistrado de Ada Pellegrini Grinover, exposto no artigo Controle da constitucionalidade, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, 341:4, jan./mar. 1998: "É essa coisa julgada valerá *erga omnes*, por força da própria substituição processual que se opera na pessoa do ente ou titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade; e também por força da titularidade passiva da ação, que se configura no próprio órgão público do qual emanou a lei ou ato inconstitucional."



No entanto, com a possibilidade que a Emenda Constitucional n. 3 trouxe, de declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal com "eficácia contra todos e efeito vinculante" (§ 2º, do art. 102, da CF), fortaleceu-se, significativamente, a corrente doutrinária que propugna pelo reconhecimento de efeitos gerais (e "vinculantes") a toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de normas, decidida o órgão de controle no sentido da procedência de ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade ou no sentido de sua inprocedência<sup>810</sup>. Pretende-se que ambos os instrumentos de controle em via principal estejam jungidos por autêntica unidade funcional, representando o verso e o reverso de uma mesma "medalha", ou, na expressão cunhada por Gilmar Mendes, ações equivalentes com o "sinal trocado"<sup>811</sup>.

Continuamos, entretanto, a sufragar o ponto de vista, que já esboçáramos em *A inconstitucionalidade das leis*, segundo o qual se trata de duas

modelos da Emenda n. 16/65, tanto a decisão que, no processo de controle abstrato de normas, declarava a inconstitucionalidade de uma lei, como aquela, na qual se afirmava a legitimidade da norma, transitavam em julgado, com eficácia *erga omnes*. "Jurisdição constitucional", cit., p. 278. Não lhe assiste razão, porém, na medida em que se cuida de instrumento processual voltado à preservação da Constituição e não da legislação infraconstitucional, sendo certo, de outra parte, que a norma regimental aludida apenas condicionou o julgamento de improcedência de ADI e a consequente declaração de constitucionalidade do ato normativo atacado ao voto da maioria dos membros da Corte, nada predicando acerca dos efeitos de tal decisão.

810 Nesse sentido, a manifestação de Clémerson Merlin Clève, observando que, nesse particular, o direito brasileiro "não acompanha a experiência europeia [salvo a Alemanha]", já que "em Portugal, na Itália e na Espanha, a decisão de rejeição de inconstitucionalidade não implica a produção de qualquer consequência". *A fiscalização abstrata*, cit., p. 163. Rendeu-se à tese, igualmente, Ada Pellegrini Grinover, anotando: "Agora sim, com a mudança do sistema, pode-se avançar mais: se, na ação direta de inconstitucionalidade, a sentença rejeitar o pedido, declarando a lei ou ato constitucional - quando tiver havido manifestação, sobre esse ponto, da maioria absoluta dos membros do órgão julgador -, a declaração de constitucionalidade fará coisa julgada *erga omnes*, com efeitos *ex tunc*. (...) Simetricamente, se numa ação direta declaratória de constitucionalidade o pedido for rejeitado e, pela maioria absoluta, for declarada a inconstitucionalidade da lei ou do ato, haverá coisa julgada *erga omnes* e *ex tunc* a respeito da inconstitucionalidade, tornando inútil o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade." Controle da constitucionalidade, cit., p. 5-6.

811 Foi o argumento usado pelo ilustre constitucionalista para sustentar, antes mesmo do advento da Lei n. 9.868/99 e da EC n. 45/2004, a extensão às decisões proferidas em ADIs da eficácia vinculante (sem discutir, ainda, o que seja ela) reconhecida, à época, pelo Constituinte de revisão, apenas às decisões prolatadas em ADCs. Cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 456.

modalidades de controle principal absolutamente inconstitucionais, "sendo que, em ambos os casos, apenas a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de lei ou ato normativo, gera efeitos *erga omnes*"<sup>812</sup>.

Com efeito, a se admitir que nas ações diretas de inconstitucionalidade a decisão de improcedência, consignando no dispositivo a declaração da constitucionalidade do ato ou do dispositivo impugnado, produz coisa julgada *erga omnes*, estar-se-á configurando decisão favorável à preservação de lei ou ato normativo em face da Constituição, de modo bem mais amplo do que ocorre nas decisões de procedência de ações declaratórias de constitucionalidade. Nessas ações, como viemos de observar, na hipótese de procedência, declara-se a validade de ato normativo federal<sup>813</sup> em face de vício especificamente suscitado pelas instâncias ordinárias e, no caso de dispositivos que admitem variações quanto à identificação de seu programa normativo, declara-se a validade da cláusula legal nos termos da proposta exegética assumida pela jurisprudência de base. Ora, inverte-se aqui toda a lógica e orientação finalística do controle de constitucionalidade, para impedir, de modo definitivo, que atos legislativos possam ser questionados por discrepância com a Carta Magna, mesmo em relação a aspectos não debatidos em sede de fiscalização abstrata, até mesmo porque ainda não revelados pela aplicação que deles até então se fez, o que se converte em inequívoco fator de desestímulo à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade<sup>814 e 815</sup>.

812 Ob. cit., p. 120.

813 Já nesse aspecto evidencia-se a diferença de objeto entre a ADI e ADC, o que levou o Min. Sepúlveda Pertence a afirmar que (apenas) "quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade". Cf. despacho proferido na Rcl 167, objeto dos comentários de Gilmar Ferreira Mendes in *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 456-7.

814 Os argumentos que têm sido apresentados para dar suporte à tese da eficácia *erga omnes* das decisões de improcedência de ADIs aludem à harmonia do sistema jurídico, à economia processual, à dignidade das decisões adotadas pela maioria absoluta de seus membros etc. Cf. Ada Pellegrini Grinover, Controle da constitucionalidade, cit., p. 6. É evidente que nenhum desses aspectos se pode sobrepor ao princípio da supremacia da Constituição.

815 Parece que, aos poucos, a percepção do problema vai permitindo maior apuro da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a esse ponto, como se constata da recente decisão proferida em sede de agravo regimental na ADI 3.218, da relatoria do Min. Eros Grau e publicada no DJ de 7-3-2005, na qual se invoca, de outra parte, precedente consubstanciado no julgamento de mérito da ADC 1: "É fora de dúvida que o objetivo da agravante - alcançar declaração de constitucionalidade em sede de ação direta



Mas também a improcedência de ações diretas de constitucionalidade não é hábil a gerar decisões guarnecidas com coisa julgada material *erga omnes*. Nessa hipótese, ao se rejeitar o pedido de declaração de constitucionalidade da lei ou de dispositivo legal, afirma-se, *ipso facto*, a sua inconstitucionalidade. Isso, todavia, se dá nos estreitos limites do debate da matéria constitucional nessa modalidade de ação direta, vale dizer, declara-se a invalidade do ato ou disposição impugnada nos termos do vício ou dos vícios apontados pela jurisprudência de confronto e, no caso de dispositivo legal, tomando-se por base a interpretação preconizada pelas instâncias ordinárias. Não se mostra viável a utilização da técnica da interpretação conforme no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, porquanto, se a variante interpretativa reputada harmônica com a Constituição corresponde àquela em debate, impõe-se o mero decreto de procedência da ação, não sendo lícito ao órgão de controle tecer especulações sobre possíveis exegeses que tornariam o dispositivo-objeto inconstitucional; de outra parte, se o órgão de controle ratifica a inconstitucionalidade vislumbrada pelas instâncias ordinárias, não lhe é facultado propor variante exegética que torne o dispositivo compatível com a Lei Maior, mas de um modo diverso daquele pretendido pelo requerente da medida. Bem por isso, não há que falar, na hipótese de decreto de improcedência, em coisa julgada *erga omnes*, dados os limites de atuação da instância de controle. O princípio da ação ou do pedido deve, portanto, ser compreendido de forma mais restritiva no âmbito das ações declaratórias de constitucionalidade, não se investindo o tribunal fiscalizador de competência para investigar de modo amplo a constitucionalidade do ato ou dispositivo censurado: cabe-lhe unicamente avaliar, nos estritos limites da controvérsia judicial invocada, se procede a inconstitucionalidade ali vislumbrada ou se, ao contrário, assiste razão ao proponente em refutá-la. Apenas nessa segunda hipótese e nos limites do pedido, estritamente considerado, haverá decisão dotada de coisa julgada *erga omnes*.

de inconstitucionalidade — não encontra respaldo jurídico. Isso porque, na eventual existência de interpretações díspares quanto a determinado ato normativo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê ação própria cuja finalidade é a de dirimir divergências na aplicação do preceito. Lembro a observação de José Ignácio Botelho de Mesquita: "[o] risco de, ao demandar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, provocar a declaração de sua constitucionalidade com eficácia *erga omnes* constitui um fator do mais alto grau de desestímulo à iniciativa de propor uma ADIN'. Além disso, a lei hoje declarada constitucional pode em oportunidade posterior vir a ser julgada inconstitucional."

Aliás, observe-se que as decisões de procedência de ações declaratórias de constitucionalidade, que isentam a lei ou dispositivo legal do vício ou dos vícios suscitados pela jurisdição de base, produzem coisa julgada material apenas relativa, isto é, na medida em que se altere significativamente a situação fática conectada ao programa normativo<sup>816</sup> ou as concepções jurídicas que informaram o posicionamento adotado, poderá o órgão de controle declarar inválido o ato impugnado, mesmo nos limites estreitos do atestado de conformidade que lhe houvera sido outorgado<sup>817</sup> e <sup>818</sup>. Afinal, a identificação de outros vícios ou de outras interpretações inconstitucionais jamais estivera fora do alcance da Corte Constitucional.

Rejeita-se, pois, pelas razões expostas a pretensa unidade funcional que existiria entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, concepção que enfraquece, sobretudo, o princípio da supremacia da Constituição<sup>819</sup>. A disciplina que a Lei Federal n. 9.868/99

<sup>816</sup> É o que Canotilho denomina setor normativo ou domínio da norma, tido como o resultado de um segundo processo parcial de concretização [o primeiro é o que estabelece o programa normativo], "assente sobretudo na análise dos elementos empíricos (dados reais, ou seja, dados da realidade recortados pela norma)". Do que resulta que "a norma jurídica-constitucional é um *modelo de ordenação orientado para uma concretização material*, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um 'campo' de dados reais (factos jurídicos, factos materiais)". *Direito Constitucional*, cit., p. 1216.

<sup>817</sup> Nesse sentido vem se manifestando Gilmar Ferreira Mendes, estribado na doutrina tedesca: "Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe, uma vez mais, da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes." *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 429.

<sup>818</sup> As decisões de procedência em ADCs, dessa forma, pertenceriam à categoria das sentenças determinativas ou "insistíveis", em que, conforme assinalam Araújo Cintra e outros, "não há exceção à autoridade da coisa julgada e sim acolhimento do princípio *rebus sic stantibus*", pois "o juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas, exatamente para atender a ele, adapta-o ao estado de fato superveniente". *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 310. Veja-se o art. 471, I, do CPC, que, *mutatis mutandis*, poderia ser aplicado no âmbito dessa modalidade de contencioso objetivo, de modo a permitir, em outro processo, que o órgão de controle declare inconstitucional o que anteriormente reputara compatível com a Lei Maior.

<sup>819</sup> J. J. Gomes Canotilho refuta, com muita propriedade, em termos teóricos-constitucionais, a afirmação de que a ação direta de constitucionalidade nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado: "A estrutura da decisão em cada uma das ações é substancialmente diferente: a sentença positiva de inconstitucionalidade é uma decisão declarativa da inconstitucionalidade; a sentença negativa de inconstitucionalidade não declara nem *fixa* em termos *definitivos* e *irreversíveis* a constitucionalidade de qualquer norma." E, na sequência, faz dura crítica à forte tendência na doutrina brasileira de equiparar os dois instrumentos de controle principal: "Discutível é



veio emprestar aos instrumentos de controle em via principal não desautoriza essa conclusão. O seu art. 23 reproduz, *grasso modo*, o art. 173 do Regimento Interno do STF, que não dispõe sobre os efeitos das decisões de controle em ações diretas e sim sobre as suas condições de eficácia, em termos de número de votos necessários para que se declare a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de dispositivo ou norma legal. Também não se divisa obstáculo no preceituado no parágrafo único, do artigo 28, do sobre-dito diploma legal, segundo o qual "a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante". Em primeiro lugar, sempre observada a supremacia da Constituição, deve-se entender que as declarações de constitucionalidade e de inconstitucionalidade a que se atribui eficácia *erga omnes* são as que resultam de veredictos de procedência, no primeiro caso, de ações declaratórias de constitucionalidade e, no segundo, de ações diretas de inconstitucionalidade. As técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, que têm cabimento restrito às ações diretas de inconstitucionalidade, também podem ensejar decisões produtoras de coisa julgada *erga omnes*. Na segunda hipótese porque se trata de decretar a procedência parcial da ação, com a declaração de inconstitucionalidade de algumas propostas de programas normativos. Causa alguma espécie a menção à declaração de constitucionalidade por interpretação harmonizadora, na medida em que dela resulta a improcedência de ação direta de inconstitucionalidade, o que, consoante se sustenta, não induz à formação de coisa julgada contra todos. Sucede, porém, que, como visto, as duas técnicas podem ser empregadas conjuntamente, o que explica a referência à interpretação conforme no indigitado dispositivo da Lei n. 9.868/99<sup>820</sup>.

ainda a natureza jurídica dos efeitos da 'declaração de constitucionalidade'. No caso de declaração da inconstitucionalidade estamos perante *sentenças judiciais com força de lei* [...]. A sentença é um acto normativo negativo. Na acção de declaração da constitucionalidade diz-se que os efeitos são 'imediatamente processuais' [...]. Mas o que se pretende são efeitos 'imediatamente legislativos' [...] acrescentando um *ditto* firme de um Tribunal a um *feito* legislativo contestável. O Tribunal dá a sua 'fiança' e preclui a contestação jurídica (e política)!" *Direito Constitucional*, cit., p. 1023-4.

<sup>820</sup> De todo o exposto, vê-se que o controle abstrato de normas brasileiro acompanha a característica do instituto congênere europeu, em que a rejeição da imputação de inconstitucionalidade não gera decisão com a eficácia de coisa julgada material *erga omnes* [veja-se o item 21, *retro*], à exceção da Alemanha, onde, a despeito de alguma resistência doutrinária, tem prevalecido o entendimento de que o disposto no § 31(2) da Lei Orgânica da

### 34 "Decifra-me ou te devoro": a cláusula do efeito vinculante e seu significado

A Emenda Constitucional n. 3/93, ao introduzir em nosso sistema jurídico a ação declaratória de constitucionalidade, declarou, de forma enigmática, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao ensejo do julgamento de ações dessa natureza, produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo<sup>821</sup>. A expressão causou grande perplexidade, na medida em que sempre se associou à coisa julgada uma espécie de eficácia vinculativa, significando que os efeitos da decisão, observados os limites objetivos e subjetivos da *res judicata*, tornam-se imutáveis enquanto comandos que, decorrendo de manifestação de vontade estatal fundada na Constituição ou na legislação infraconstitucional, regulam a relação material controvertida ou definem a compatibilidade de vertical entre atos normativos. Destarte, diz-se que a sentença ou acórdão transitado em julgado tem força de lei (art. 468 do CPC), porquanto veicula um comando obrigatório, diretamente vinculante para todos aqueles aos quais foi direcionado (no plano em que se desenvolve o "comércio jurídico", as partes ou todas as pessoas e seus órgãos, de modo geral) e indiretamente vinculante para o Estado-juiz e para o Estado-legislador, devendo ambos emprestar total acatamento ao decidido<sup>822</sup>. Por essa

Corte Constitucional confere eficácia geral e vinculante também às decisões confirmatórias da constitucionalidade de ato legislativo. Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 424-6. É de observar, todavia, que o sistema de controle alemão não serve de paradigma, nesse aspecto, ao sistema brasileiro, pois ali se adota outra concepção acerca dos limites objetivos da coisa julgada, de modo a nesta compreender a motivação dos julgados. No sistema português, bastante próximo ao brasileiro, por ser subjetivamente difuso, mas combinando os métodos incidental e principal, assentou-se, inequivocamente, a absoluta irrelevância da não declaração de inconstitucionalidade. "Ao Tribunal cabe declarar - e apenas lhe pode ser pedido que declare - a inconstitucionalidade, não a constitucionalidade ou a não inconstitucionalidade; e o processo perante ele está todo organizado nessa perspectiva. Nenhuma relevância possuem as sentenças de rejeição da inconstitucionalidade." Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, cit., t. 2, p. 482-3.

<sup>821</sup> § 2º do art. 102, acrescentado pela EC n. 3/93, dispositivo esse que teve sua redação modificada pela EC n. 45/2004, no sentido de contemplar, também, as ações diretas de inconstitucionalidade.

<sup>822</sup> Moacyr Amaral Santos, em suas *Primeiras linhas*, cit., v. 3, p. 51, anotava que, "por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como em relação a todos os juizes, que deverão respeitá-la". Já Araújo Cintra e outros, explorando o tema sob a roupagem da coisa julgada material, ensinam que "em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica". *Teoria Geral do Processo*, p. 310.



razão, não faltou quem vislumbrasse na atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas em ações diretas, protegidas por coisa julgada contra todos, uma simples cláusula de reforço<sup>823</sup>. Porém, mesmo não devendo ser tomada de modo absoluto, ainda continua sendo aceita a regra hermenêutica segundo a qual "não se presume, na lei, palavras inúteis"<sup>824</sup>, o que exige um esforço de compreensão do Texto Magno na busca de algum sentido específico para a expressão em comento.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ao disciplinar a representação para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, introduzida na Constituição de 1967/69 pela Emenda Constitucional n. 7/77<sup>825</sup>, estabeleceu que, a partir da publicação do acórdão prolatado pela Corte, a interpretação nele fixada teria força vinculante para todos os efeitos<sup>826</sup>. Por se tratar da definição do direito aplicável, objetivando, indistintamente que seja, a pacificação das relações sociais, e por agir o Supremo Tribunal apenas mediante provocação do Procurador-Geral da República, pode-se vislumbrar o desempenho de atividade jurisdicional, indicando o preceito regimental que a interpretação adotada seria genericamente obrigatória, do mesmo modo que a lei interpretada<sup>827</sup>.

No voto condutor proferido na apreciação da prejudicial de inconstitucionalidade suscitada na ADC 1-1, o Ministro-relator Moreira Alves

823 Nesse sentido parece encaminhar-se o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, *in* Controle da constitucionalidade, cit., p. 7: "Decorre daí a importância de conferir-se expressamente efeito vinculante às sentenças declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ações diretas (como a Constituição faz com relação à declaração da constitucionalidade: art. 102, § 2º), o que, aliás, deveria decorrer automaticamente do sistema, dada a eficácia e autoridade *erga omnes* destas sentenças."

824 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 11. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 250, que adverte para o caráter relativo da regra: "Se de um trecho não se colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram inseridas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma." Ob. cit., p. 251.

825 Conferiu-se nova redação à alínea I, do inc. I, do art. 119, daquela Carta Magna.

826 Art. 187 do RISTF, revogado com o advento da CF de 1988.

827 Ao comentar a novidade trazida pela EC n. 7/77, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seus *Comentários à Constituição brasileira*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 476, pontificou: "O objetivo é claro. Visa a evitar a insegurança resultante da incerteza a respeito do alcance e da compreensão de normas jurídicas. Essa interpretação 'em tese', porque necessariamente desligada dos casos concretos, somente atingirá o objetivo colimado se for oponível *erga omnes*. Do contrário, será ela contestada, conquanto sem maior possibilidade de êxito, por todos os litigantes aos quais ela não convier."

identificou no efeito vinculante um *plus* em relação à coisa julgada *erga omnes* própria das decisões de controle em via principal, diferencial esse que consistiria: primeiro, na possibilidade de utilização da reclamação na hipótese de desrespeito ao decidido pelos demais órgãos do Poder Judiciário; e, em segundo lugar, na necessidade de observar, ainda que limitada-mente, os fundamentos determinantes do ato decisório<sup>828</sup>.

Não procede a tese de que o efeito vinculante teria franqueado o uso da reclamação para compelir as instâncias ordinárias à observância das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, inicialmente nas ações diretas de constitucionalidade e, depois, em face de extensão legislativa e constitucional<sup>829</sup>, nas ações diretas de inconstitucionalidade. A reclamação, na lição de Frederico Marques, consubstancia "medida de Direito Processual Constitucional"<sup>830</sup>, dotada de extrema ductilidade, por vezes configurando incidente processual ou sucedâneo recursal e, mais

828 Transcrevemos o trecho de maior relevo para o tema: "(...) essas decisões [proferidas em ADCs], sejam de procedência (constitucionalidade) ou de improcedência (inconstitucionalidade), não apenas terão eficácia *erga omnes*, mas também força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (...) De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e - note-se - é em virtude dessa eficácia *erga omnes* que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta: a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo - como sucede na Alemanha - os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo." *Ação declaratória de constitucionalidade*, coord. Ives Gandra da Silva Martins e outro, cit., p. 195-6. Ressaltamos nossa divergência no tocante ao reconhecimento de eficácia *erga omnes* nas decisões de improcedência em ADCs e observamos que, embora o ilustre relator tenha recusado a extensão do efeito vinculante aos fundamentos da decisão, é isso que afinal propõe, quando sustenta que a declaração de constitucionalidade deve ser acatada também no que concerne a atos de idêntico conteúdo, desde que editados pelos demais órgãos do Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo.

829 Par. único, do art. 28, da Lei n. 9.868/99 e § 2º, do art. 102, da CF, após a EC n. 45/2004.

830 *Manual de Direito Processual Civil*, cit., v. 3, 2ª parte, p. 193.



frequentemente, ação de natureza mandamental<sup>831</sup>, que tem por finalidade a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou a garantia da autoridade de suas decisões<sup>832</sup>. A dificuldade que se antepunha ao ingresso de reclamação em face do descumprimento de decisões proferidas no âmbito do controle abstrato de normas era a de que a configuração do instituto o situava nos lindes do contencioso subjetivo<sup>833</sup>, servindo como um instrumento para assegurar a rápida e eficaz execução de decisões do STF e do STJ. Se, no caso da ação declaratória de constitucionalidade, o Pretório Excelso sempre admitiu a reclamação para assegurar o acatamento do decidido, escudado na nebulosa eficácia vinculante, no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade, antes mesmo que a Lei n. 9.868/99 a estendesse também a esse instrumento de controle principal, a jurisprudência de nossa Corte Constitucional já passara a autorizar o uso de reclamação para garantia da autoridade das decisões de procedência nelas proferidas, as quais, a despeito de seus efeitos *erga omnes*, vinham sendo sistematicamente ignoradas por boa parte do aparato judiciário<sup>834</sup>. De início, reconheceu-se legitimidade para reclamar apenas aos órgãos e entidades arrolados no art. 103 da Constituição<sup>835</sup>,

831 Nos termos do art. 161, *caput*, do RISTF, "julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá: I - avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência; II - ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto; III - cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição".

832 Vejam-se os arts. 102, I, I, e 105, I, f, da CF e o art. 13, *caput*, da Lei Federal n. 8.038, de 28-5-1990.

833 Dentro dessa concepção restritiva, o art. 13 da Lei Federal n. 8.038/90 atribui legitimidade para a reclamação ao Ministério Público e à "parte interessada".

834 O acórdão, da relatoria do Min. Celso de Mello, pertinente à resolução de questão de ordem em medida cautelar na Reclamação n. 397/RJ, é paradigmático em termos dessa inflexão jurisprudencial, tendo o julgamento ocorrido em 25-11-1992, antes mesmo, portanto, da promulgação da EC n. 3/93: "O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta [Rcl 354, Rel. Min. Celso de Mello]. Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se ateneu o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciários às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo STF em ações de inconstitucionalidade."

835 No tópico final da ementa do acórdão da Rcl 397 MC-QO/RJ consignou-se: "A expressão 'parte interessada', constante da Lei n. 8.038/90, embora assumia conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata limitar-se apenas aos órgãos ativa ou passivamente legitimados à sua instauração [CF, art. 103]."

requisito esse, contudo, que poderá ser objeto de nova flexibilização, em atenção à eficácia geral da decisão cuja autoridade se procura resguardar<sup>836</sup>.

De acordo com a justificativa que acompanhou a Proposta de Emenda Constitucional n. 130/92, de autoria do Deputado Roberto Campos, fonte inspiradora da EC n. 3/93, no que tange à ação declaratória de constitucionalidade, o reforço da eficácia *erga omnes* relativamente às decisões de procedência geradas por esse instrumento de controle principal teve por objetivo "assegurar força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos ou motivos determinantes*"<sup>837</sup>. Diante disso, seria impedido o questionamento da constitucionalidade<sup>838</sup> de leis ou atos normativos federais com conteúdo idêntico ao do ato reputado compatível com a Carta Magna. Gilmar Ferreira Mendes, cujos estudos deram suporte à elaboração da PEC n. 130/92, sustenta que se deve recorrer à doutrina alemã para a adequada apreensão do sentido da expressão constitucional, já que inspirada diretamente pela chamada *bindungswirkung* [força obrigatória] das decisões de controle, consoante previsão do § 31, I, da Lei Orgânica da Corte Constitucional germânica. Segundo o referido dispositivo legal, "todos os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados e todos os tribunais e autoridades administrativas estão vinculados às decisões da Corte Constitucional federal", ao passo que no inciso subseqüente (II) se estabelece que "as decisões adotadas nos procedimentos de controle abstrato e concreto de normas, bem como nos de recurso consti-

836 É essa a conjectura de Alexandre de Moraes, em *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 1391: "Com o advento da Lei n. 9.868/99 e a previsão de efeitos vinculantes, entendemos que haverá ampliação da legitimidade para ajuizamento de reclamações, na hipótese de desrespeito dos demais órgãos do Poder Judiciário às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, permitindo-se ao interessado, no caso concreto, que se utilize desse instrumento para a concretização dos efeitos vinculantes." Tal escólio doutrinário ecoou na decisão de questão de ordem em agravo regimental na Rcl 1.880/SP, pelo plenário do STF, em que se reconheceu a "legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal", registrando-se que se trataria dos "reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado" (DJ, 19-3-2004). O fenômeno, todavia, insista-se, é conexo à coisa julgada *erga omnes* produzida pelas decisões do STF em sede de controle abstrato de normas e não, propriamente, ao efeito vinculante que se lhes reconhece.

837 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 436-7.

838 Ainda que apenas nos limites por nós assinalados no item precedente.

tucional, têm força de lei (*Gesetzeskraft*)<sup>839</sup>. Ao que se depreende, a denominada "força de lei" equivale aos efeitos gerais que, nos sistemas de jurisdição constitucional concentrada, qualificam toda e qualquer decisão de controle, seja na via principal, seja na via incidental. A coisa julgada produzida por essas decisões, associada à força de lei a elas atribuída, as situa, em termos de eficácia, no mesmo nível das decisões de procedência das ações diretas brasileiras, que fazem coisa julgada *erga omnes*. De outra parte, a propósito do chamado efeito vinculativo, não se registra consenso doutrinário, havendo quem sustente que, sob o prisma objetivo, não haveria distinção entre coisa julgada com força de lei e eficácia vinculante<sup>840</sup>. De toda sorte, a jurisprudência dominante do *Bundesverfassungsgericht* aponta no sentido de que, por força do efeito vinculante, "a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros"<sup>841</sup>. Sob o aspecto subjetivo, contudo, a eficácia vinculativa tem uma abrangência menor do que a coisa julgada "com força de lei", que a todos atinge, portanto, nos estritos termos da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, tal obrigatoriedade de observância da motivação do decisório diz respeito aos órgãos com assento constitucional da Federação e dos Estados (Chefia de Estado, Governos federal e estaduais, Parlamento Federal, Conselho Federal e Parlamentos estaduais) e, de modo geral, aos tribunais e autoridades administrativas<sup>842</sup>.

A influência do direito constitucional tedesco em relação ao texto do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, introduzido pela EC n. 3/93, é inequívoca, tanto que, entre nós, se direcionou o efeito vinculante aos

839 Cf. Jean-Claude Béguin, ob. cit., p. 167.

840 Veja-se Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit. p. 441 e 443. Também José Ignácio Botelho de Mesquita, no artigo O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, cit. p. 14, afirma não ser "pacífica na doutrina alemã a relação entre coisa julgada, efeito vinculante e força de lei".

841 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais*, cit. p. 443.

842 José Ignácio Botelho de Mesquita, no artigo citado na nota 840, p. 15, ao apontar, com base na doutrina e legislação germânica, as particularidades do efeito vinculante em relação à coisa julgada com força de lei, observa que aquele obriga somente os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados e as autoridades federais e estaduais, não vinculando terceiros particulares, que, no entanto, aditamos nós, também se sujeitam a esta última, limitadamente ao dispositivo da decisão de controle.

demais órgãos do Poder Judiciário e aos órgãos integrantes da Administração Pública, direta e indireta, dos três níveis da federação<sup>843</sup>, deixando à margem o próprio Supremo Tribunal Federal, o que é coerente com o entendimento firmado na doutrina e jurisprudência alemãs, que rejeitam a vinculação da Corte Constitucional aos fundamentos determinantes de seus julgados em sede de controle de normas<sup>844</sup>. A Lei Federal n. 9.868/99 (art. 28, par. único) estendeu às decisões (de procedência) de ações diretas de inconstitucionalidade o efeito vinculante, o que suscitou dúvida sobre a constitucionalidade da disposição. De fato, a se entender a indigitada eficácia vinculativa nos termos do direito alemão, seria de rigor que a extensão fosse feita por meio de emenda constitucional, pois, ao contrário da coisa julgada *erga omnes*, não é aquela inerente ao controle de normas em via principal, afastando-se, por outro lado, dos limites da atividade jurisdicional ordinária<sup>845</sup>. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, fundando-se na equivocada premissa de que o efeito vinculante já existia em relação à declaração de inconstitucionalidade, na medida em que o decreto de im procedência de ação declaratória de constitucionalidade importaria na prolação de decisão com eficácia contra todos e vinculativa, não vislumbrou vício na sobredita extensão<sup>846</sup>, matéria essa que, de toda sorte, restou su-

843 É evidente que a parte final do § 2º, do art. 102, da CF, separada por vírgula da expressão "efeito vinculante", apenas a ele é pertinente, já que a coisa julgada "contra todos", por definição, goza de maior amplitude.

844 Aduz Gilmar Mendes, em seu trabalho *Direitos fundamentais*, cit., p. 449: "Embora a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão não seja explícita a propósito, entende a Corte Constitucional ser inadmissível construir-se aqui uma autovinculação. Essa orientação conta com aplauso de parcela significativa da doutrina, pois, além de contribuir para o congelamento do direito constitucional, tal solução obrigaria o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou superadas."

845 É certo que, na Alemanha, o efeito vinculante foi introduzido por meio de legislação infraconstitucional. Porém, o art. 94(2) da Lei Fundamental de Bonn previa a edição de lei federal para a organização do Tribunal Constitucional e para a disciplina dos processos perante ele desenvolvidos, determinando os casos em que as suas decisões tenham força de lei. Essa norma permitiu que se emprassem efeitos gerais à declaração de constitucionalidade, em dissonância com o padrão europeu, e também é indicada como supedâneo constitucional da previsão legal da eficácia vinculativa.

846 Acórdão prolatado na Rcl 1.880/SP (Agr-OO), por maioria de votos, de cuja ementa destacamos: "[...] 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratórias de constitucionalidade, e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade, a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à confor-



perada com o advento da EC n. 45/2004. Essa emenda à Carta de 1988 equiparou as duas ações diretas propiciadoras do controle principal no tocante ao assunto em foco, dotando as decisões de mérito nelas proferidas de eficácia contra todos e efeito vinculante.

A vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e dos órgãos e autoridades da Administração Pública em geral às decisões de mérito que julguem procedentes ações diretas de inconstitucionalidade importaria, desse modo: na obrigatoriedade de pautarem a sua conduta e procedimento, dali por diante, de conformidade com as diretrizes traçadas na motivação dos decisórios, abstendo-se, especialmente, de reeditar ato normativo declarado incompatível com a Lei Maior (proibição de reiteração); na inconstitucionalidade de atos normativos paralelos existentes, com idêntico conteúdo ao daquele cuja invalidade se reconheceu<sup>847</sup>. Nessa segunda hipótese, que configura uma espécie de inconstitucionalidade reflexa qualitativa, os atos normativos afetados seriam apenas os de natureza administrativa, editados pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo, e não atos legislativos de qualquer nível federativo, visto que os órgãos parlamentares não se submetem à eficácia vinculante das decisões adotadas no exercício da fiscalização abstrata de normas, razão pela qual também não estão proibidos de reeditar lei declarada inconstitucional *principaliter*<sup>848</sup>.

mação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. (...)”

847 Consulte-se Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 445, que reproduz o magistério de Christian Pestalozza, bem como o acórdão a propósito de QO na ADC 1-1/DF, in *Ação declaratória de constitucionalidade*, coord. Ives Gandra da Silva Martins e outro, cit., p. 196. No direito germânico, admite-se, outrossim, outra consequência da eficácia vinculativa das decisões proferidas em controle concreto ou abstrato de normas que repercutem em termos de inconstitucionalidade: se o dispositivo legal impugnado for declarado válido mediante interpretação conforme, as suas variantes interpretativas, reputadas desconformes à Constituição na motivação do julgamento, devem ser, doravante, consideradas inconstitucionais, obrigatoriamente, pelos órgãos judiciários e administrativos. No sistema jurídico brasileiro, como destacado no item anterior, essa solução é inaceitável, se ficar assentado que se trata de uma decisão de improcedência de ADI, inconfundível com a de procedência de ADC, e destituída, pois, de efeitos *erga omnes* e vinculantes.

848 É esse, também, o pensamento de Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 158-9, e de Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata*, cit., p. 209, que, entretanto, propugna pela sujeição do Poder Legislativo à eficácia vinculativa das decisões do STF em sede de fiscalização abstrata. Afigura-se-nos insustentável, à luz do direito brasileiro, a posição

Constata-se, não obstante, forte resistência doutrinária à compreensão dos efeitos vinculativos atribuídos às decisões definitivas de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade nos moldes do direito alemão<sup>849</sup>. A força obrigatória da fundamentação de decisões de controle de constitucionalidade não se ajusta, confortavelmente, a sistemas de índole jurisdicional, sendo adequada ao controle político-preventivo judicialiforme, de padrão francês<sup>850</sup>. No caso do sistema de controle geramânico, inequivocamente jurisdicional, certamente a vinculação dos órgãos e entidades públicas não apenas à parte dispositiva das decisões, mas, também, aos seus fundamentos determinantes revela a influência que o *judicial review* exerceu na estruturação desse sistema<sup>851</sup>. No entanto, como já foi visto, a atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos é profundamente diversa da que cerca o exercício da função jurisdicional em ordenamentos filiados ao *civil law*, auxiliando na conformação das próprias normas jurídicas gerais e abstratas utilizadas na solução dos litígios, razão pela qual é própria da técnica do precedente vinculante ali utilizada a força obrigatória das razões que dão suporte à conclusão do julgado. O transplante institucional pretendido, portanto, afigura-se extremamente problemático, tendo-se em conta que o controle de constitucionalidade brasileiro possui natureza eminentemente jurisdicional e, mais do isso, ainda hoje é exercido, predominantemente, no âmbito da jurisdição ordinária, de acordo com

contrária assumida por Alexandre de Moraes in *Direito Constitucional*, cit., p. 627. Aliás, o próprio STF já assentou a “possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte” (Rcl/MC 5.442/PE – DJ 6-9-2007).

849 José Ignácio Botelho de Mesquita, por exemplo, entende não ser “admissível que a interpretação de um instituto inserido na Constituição brasileira só se possa fazer recorrendo a uma lei de outro estado soberano”, para, mais adiante, concluir que “não se mostra correto o entendimento [para o autor, *inclusive à luz do direito alemão*] de que o efeito vinculante teria por objetivo estender à motivação o efeito vinculante da parte dispositiva da sentença”. O desmantelamento, cit., p. 12 e 15.

850 O segundo parágrafo do art. 62 da Constituição francesa estabelece que as decisões do Conselho Constitucional “são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais”, obrigatoriamente essa que é compreendida amplamente, abrangendo tanto o dispositivo como a motivação que lhe dá suporte e permite a sua adequada compreensão e aplicação. Veja-se o item 19, *retro*.

851 Preleciona Gilmar Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 12: “Inequívoca influência exerceu o modelo do Corte Constitucional americana, que marcou, de forma decisiva, os debates na Assembleia Constitucional. (...) A influência americana pode ser identificada sobretudo na ideia de construção de uma jurisdição constitucional sólida, que deveria dotar a Corte Constitucional de competências amplas.”

os princípios e regras processuais comuns. Não se questiona que o controle abstrato de normas consubstancia função jurisdicional atípica e, nesse sentido, é de esperar que alguns princípios assentados no direito processual ordinário não tenham aplicação nessa seara especializada da jurisdição. Isso, contudo, como há pouco anotamos, exige previsão constitucional expressa e inequívoca. Destarte, propugnamos por outro entendimento, que, sem atribuir à expressão "efeito vinculante" sentido meramente de reforço em relação à coisa julgada *erga omnes*, não a remete à motivação das decisões de controle, o que desnaturalizaria, com consequências imprevisíveis, o nosso sistema de fiscalização constitucional em via principal. Se o acréscimo da eficácia vinculativa teve por escopo combater a resistência injustificada da magistratura de base à observância das decisões de controle abstrato, mesmo sendo estas dotadas de ampla eficácia subjetiva, impondo-se diante de todos, pode-se daquela extrair uma obrigação funcional de respeito ao decidido, em termos assemelhados ao dever que os juízes e autoridades administrativas têm de fiel acatamento aos comandos emanados do legislador. É certo que o respeito à coisa julgada, *inter partes* ou *erga omnes*, constitui dever legal do magistrado, nos termos dos arts. 267, VI, 471, *caput*, e 485, IV, do Código de Processo Civil. Todavia, no desempenho da nobre missão de julgar, está o juiz adstrito diretamente à lei (art. 126 do CPC) e apenas indiretamente às decisões judiciais geradoras de coisa julgada. Diante da outorga de efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle principal de constitucionalidade, estão os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos e autoridades administrativas em geral, no exercício das respectivas atribuições, jungidos diretamente às declarações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade pronunciadas pela Corte Suprema, sob pena de, em caso de oposição infundada aos decisórios, responderem administrativa e civilmente<sup>852</sup>.

852 A responsabilidade patrimonial dos juízes está limitada aos procedimentos dolosos ou fraudulentos, mas ao dolo se equipara a culpa grave, que é inequívoca nas situações em que, p.ex., tendo conhecimento incontestado de uma decisão do STF afirmativa da inconstitucionalidade de lei, insista o magistrado em ignorá-la, aplicando o diploma legal declarado incompatível com a Constituição. Nesse sentido, aduz Gilmar Mendes, *in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 451, que "a não observância da decisão [dotada de eficácia vinculante] caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (cf., também, CPC, art. 133, I)".

### 35 Sanção de nulidade: implicações e tentativas de atenuação

Se é inquestionável que o sistema de fiscalização da constitucionalidade de brasileiro adota a difusão da competência de controle como um de seus pilares, não se pode admitir outra solução em termos de sistema sancionatório do vício de inconstitucionalidade senão o da sanção de nulidade. As razões teóricas que alicerçam tal afirmativa já foram por nós apresentadas no item 17. Por força disso, a doutrina brasileira, de modo praticamente unânime, desde o pioneiro trabalho forense de Rui Barbosa, intitulado *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal* e contemporâneo ao início de vigência da Carta de 1891, considera assentado que a lei inconstitucional é nula e não simplesmente anulável<sup>853</sup>. Não discrepa desse entendimento a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que, vez ou outra, venham à tona manifestações individuais de outro matiz, que, entretanto, não têm logrado obter a adesão de seus pares<sup>854</sup>. Importa, de outro lado, destacar que a nulidade da lei desconforme à Constituição é, no Brasil, princípio constitucional implícito, que não pode ser afastado pela legislação ordinária, mas isso, reitera-se, não em face da supremacia reconhecida à Carta Magna e sim em virtude das características básicas de nosso sistema de controle<sup>855</sup>.

O reconhecimento de que o nosso sistema de controle da constitucionalidade das leis opera com a categoria sancionatória da nulidade, observadas as características que lhe são próprias<sup>856</sup>, induz importantes conse-

853 Cf. Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 119, nota 265; Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 160; e Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 249, que anota: "O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas."

854 A mais significativa delas consubstancia-se no voto proferido pelo Min. Leitoão de Abreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 79.343-BA (RTJ 82:792).

855 Gilmar Mendes, *in Jurisdição constitucional*, cit., p. 256, de maneira um pouco diversa, sustenta que a nulidade de pleno direito da lei inconstitucional está radicada na própria Constituição, porém no princípio da supremacia e em suas decorrências, o que não pode ser aceito, pois, se assim fosse, haveria uma única categoria sancionatória do vício de inconstitucionalidade, o que não corresponde à realidade. Os ordenamentos que adotam a sanção de anulabilidade para as leis inconstitucionais também se estruturam a partir da supremacia da Constituição, porém, na modelagem do sistema sancionatório, levam em conta outros princípios constitucionais, como a segurança jurídica, a isonomia etc.

856 Veja-se o item 7, retro.



quências. A primeira delas é que as decisões de controle assumem natureza meramente declaratória, isto é, de mera certificação de uma nulidade preexistente. A sanção em si opera de pleno direito, isto é, independentemente de decisão judicial, remontando ao nascimento do ato legislativo. Porém, as incertezas inerentes ao plano da sintaxe normativa se refletem, invariavelmente, no plano das relações intersubjetivas, em controvérsia sobre a existência ou não da nulidade, controvérsia essa que pode ser eliminada de duas formas em nosso sistema de controle: ou pela via incidental, em que se declara, com efeitos restritos ao caso concreto, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do ato normativo questionado; ou pela via principal, em que o exame da validade do ato legislativo é feito com abstração das situações jurídicas pessoais subjacentes e constitui o próprio objeto da decisão, propiciando, pois, a formação de coisa julgada *erga omnes*. Em qualquer das duas hipóteses está-se diante de provimentos jurisdicionais de natureza declaratória.

A segunda decorrência da sanção de nulidade é a aparente retroatividade das decisões de controle. Vale dizer, ao se declarar a nulidade, e a isso se limita a superação da questão constitucional em sistemas que adotam tal categoria sancionatória, reconhece-se a invalidade *ab initio* do ato legislativo, cujo ingresso no plano da validade é obstado pelo ordenamento, do que resulta a mais absoluta inaptidão para produzir efeitos jurídicos, isto é, os efeitos que lhe seriam próprios. Não há que falar aqui, com rigor técnico, em retroatividade da decisão de controle<sup>857</sup>: na verdade, não são os seus efeitos que retroagem, embora aparente a projeção de efeitos para o passado; o que ocorre é a mera constatação de que o ato legislativo de que se ocupa nasceu destituído de eficácia, exatamente por lhe ter sido imposta sanção de nulidade pelo próprio sistema normativo.

Diante da absoluta ineficácia da lei sancionada com nulidade, carece ela, inclusive, do efeito revogatório em relação à legislação pretérita com ela incompatível, do que adviria a "represtinação" dos efeitos dessa legislação que se supunha revogada. Não se trata, como é fácil demonstrar, de autêntica repristinação, no sentido consagrado pelo § 3º, do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, porquanto o que se está a afirmar é que não houve revogação, em face da inconstitucionalidade da lei revo-

857 Não se deixa de reconhecer, no entanto, que a doutrina e jurisprudência pátrias, a todo momento, aludem à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, que, tudo com isso fazer referência à aparente retroatividade das decisões de controle.

gadora, razão pela qual não se deve aludir à recuperação de uma eficácia que nunca cessou. A plena aplicabilidade da legislação revogada por aquela declarada inconstitucional é solução que se impõe em todos os sistemas de controle que adotam a sanção de nulidade, estando, por exemplo, expressamente consignada no art. 282, n. 1, da Constituição portuguesa, relativamente à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, isto é, no controle abstrato de normas<sup>858</sup>. No Brasil, nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional contemplam expressamente essa consequência da declaração de invalidade *ab initio*, porém na Lei n. 9.868/99 se abriu uma exceção à eficácia *ex nunc*, que, via de regra, acompanha a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade<sup>859</sup>, prescrevendo-se que torna ela "aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário" (art. 11, § 2º). Com isso, quis-se evitar a criação de um "vazio normativo", pois a suspensão cautelar da execução do ato impugnado sem efeito retroativo manteria os seus efeitos passados, inclusive no tocante à revogação da legislação anterior colidente<sup>860</sup>.

As consequências drásticas da sanção de nulidade no tocante às relações jurídicas estabelecidas sob o pálio da lei declarada inconstitucional têm levado os órgãos de controle, nos sistemas que a acolhem, a procurar resguardar algumas situações subjetivas, em atenção a determinados princípios constitucionais igualmente dignos de tutela, tais como a coisa julgada, a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a que se vincula o direito à subsistência com o fruto do trabalho presente ou passado (vencimentos, salários,

858 No sistema europeu de controle, que atua sanção de anulabilidade, no plano conceitual haveria que reconhecer a revogação da legislação anterior à lei declarada inconstitucional, pois a anulação, na evolução, do sistema sempre opera com alguma retroatividade, porém raramente de modo pleno. Entretanto, já Kelsen advertia para a necessidade de evitar o vácuo normativo, propugnando por duas soluções, ambas acolhidas pela Constituição austríaca: ou se restabelece a vigência da legislação pretérita ou se anula a lei nova com efeitos diferidos para o futuro, dando um prazo ao legislador para pôr em vigor um regramento compatível com a Constituição. Cf. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 171-2.

859 Art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99.

860 Mas, se o objetivo é evitar o "vazio normativo", que dizer das situações em que o STF suspende liminarmente a eficácia da lei questionada com efeitos *ex nunc*, porém mantém expressamente o efeito revocatório em relação à legislação pretérita. A justificativa para a disposição legal está na possibilidade de dupla inconstitucionalidade, sucessiva, de certa disciplina normativa. Assim, não se restabelece, concomitantemente à concessão de liminar, a aplicação da legislação anterior exatamente porque também inquinada de inconstitucionalidade. Cf. Ives Gandra da Silva Martins, *Controle concentrado*, cit., p. 211.



manutenção de situações consolidadas  
convalidação parcial do ato legislativo

proventos e pensões)<sup>861</sup>. etc. Não se cuida aqui de atenuação da nulidade cominada ou de convalidação parcial do ato legislativo contraventor e sim da manutenção de situações consolidadas sob o império dessa legislação, que se presunha constitucional e, portanto, aplicável. Isso não importa no reconhecimento de alguma eficácia à lei inconstitucional: continua ela destituída dos efeitos que se predispunha a gerar; contudo, de sua indevida aplicação advêm alterações no plano fático cuja preservação se impõe, consubstanciando o que se poderia chamar de efeitos impróprios<sup>862</sup>.

A legislação infraconstitucional disciplinadora do processo e julgamento dos instrumentos de fiscalização em via principal, entretanto, veio turvar o entendimento da matéria, especialmente no que se refere aos efeitos temporais (aparentes) das decisões de controle abstrato. Destarte, o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99 estatuiu que, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Pretendeu o legislador ordinário atenuar a ineficácia que a sanção de nulidade reconhecida faz incidir sobre a lei ou ato normativo contrário à Constituição, estabelecendo, é bem de ver, a sua convalidação parcial<sup>863</sup>. Essa convalidação opera no plano normativo-abstrato, razão pela qual o dispositivo em tela não interfere na questão do reconhecimento de efeitos impróprios à lei inconstitucional, que deve continuar processando-se pelos critérios assentados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

861 Esse juízo de ponderação "entre a norma violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional" é expressamente referido por Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 162.

862 Consoante assinala Gilmar Mendes, in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 260-3, "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (...) e o plano do ato concreto (...) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo", indicando, a seguir, diversas decisões nesse sentido de nossa Corte Constitucional. O autor, todavia, assume posição restritiva quanto aos postulados constitucionais que impedem a adequação das relações jurídicas concretas à declaração de inconstitucionalidade, sustentando que apenas as chamadas "fórmulas de preclusão" se prestariam a tanto, como seria o caso da coisa julgada, após o decurso do prazo para interposição de ação rescisória.

863 Manoel Gonçalves Ferreira Filho também entende que se trata da convalidação parcial da lei ou ato normativo inconstitucional. Cf. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro, cit., p. 225.

pressupostos da modulação de efeitos

Os pressupostos para que a Suprema Corte brasileira promova a convalidação parcial de ato normativo desconforme à Constituição são três: (I) o momento em que pode ser adotada a medida é o da prolação de decisão de mérito em ação direta de inconstitucionalidade<sup>864</sup>, logo após ser julgada procedente e declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado; (II) exige-se manifestação favorável de dois terços dos membros do Tribunal; (III) a motivação da medida deve estar fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

O dispositivo legal de regência alude, de modo impreciso, à restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Com isso, estaria sendo franqueada a possibilidade de, mesmo após o reconhecimento da invalidade absoluta, serem preservados alguns dispositivos do ato censurado ou algumas das normas que deles resultem, configurando-se uma autêntica declaração de inconstitucionalidade com pronúncia parcial de nulidade? Entendemos que (não) já que essa modalidade decisória, que se mostra ser perfeitamente adequada a sistemas de controle que trabalham com a sanção de anulabilidade, como o alemão, contrapõe-se frontalmente à sanção de nulidade, conforme já houveramos observado no item 21<sup>865</sup>. De igual modo, não nos parece que o preceito autorize a exclusão de determinadas categorias de pessoas ou determinadas situações<sup>866</sup> em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porquanto se estaria atribuindo à jurisdição constitucional um poder de conformação normativa, próprio do legislador. A nosso ver, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 cuida exclusivamente da modulação dos efeitos temporais que, aparentemente, insista-se, decorrem da decisão declaratória de inconstitucionalidade. E o faz no sentido de autorizar a atenuação do reconhecimento da total ausência de efeitos no que concerne ao ato legislativo impugnado, o que somente é possível, tendo em conta a sanção de nulidade imposta pelo ordenamento, mediante a sua convalidação parcial, temporalmente delimitada. Assim, observa-se os pressupostos legais, faculta-se ao órgão de controle: (I) impedir que a ineficácia do ato normativo remonte à sua edição, estipulando um termo-limite situado entre esta e o trânsito em julgado da decisão (daí a alusão à

864 Pelas razões expostas no item 33, é inaplicável o art. 27 da Lei n. 9.868/99 às decisões de improcedência de ADC, visto que não induz à formação de coisa julgada erga omnes.

865 Em sentido oposto, veja-se Manoel G. Ferreira Filho, no artigo O valor do ato inconstitucional, cit., p. 225.

866 Adotam essa interpretação Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 161, e Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, cit., p. 626.



modulação → convalida, parcialmente, o ato legislativo inquirido de nulidade

restrição dos "efeitos da declaração", que, ordinariamente, "retroagiriam"), (II) determinar que a ineficácia do ato opere a partir do trânsito em julgado da decisão de controle ("eficácia *ex nunc* da declaração") ou (III) a partir de outro momento a ele subsequente ("eficácia *pro futuro* da declaração"). Em qualquer uma dessas hipóteses, o que faz o Supremo Tribunal Federal é convalidar, parcialmente, o ato legislativo inquinado de nulidade, assegurando a sua validade e, portanto, a produção de alguns efeitos próprios, durante certo lapso temporal. A se interpretar o dispositivo legal em foco em sua acepção literal, que se reporta à mera atenuação dos efeitos ("reativos") da declaração de inconstitucionalidade, nada impediria que, na via incidental, mesmo após a prolação de decisão definitiva de procedência em ação direta, se continuasse a reconhecer a invalidade absoluta do ato normativo em questão.

O ponto mais importante, entretanto, reside na patente inconstitucionalidade do art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, na medida em que interfere nos efeitos inerentes à sanção de nulidade com que, em nosso sistema jurídico, se combate a inconstitucionalidade legislativa, sanção essa que decorre das características do modelo de fiscalização traçado pela Lei Maior, configurando, como já se viu, um princípio constitucional implícito. O sistema de controle português, com características estruturais bastante próximas às do brasileiro, também contempla o instituto da convalidação parcial da lei declarada nula por inconstitucionalidade, porém ali, acertadamente, a matéria foi disciplinada em nível constitucional. Referimo-nos ao art. 282, n. 4, da Constituição portuguesa, segundo o qual, "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 ns. 1 e 2". Ao que tudo indica, esse dispositivo, que também atenua em termos temporais a ineficácia absoluta congênita do ato normativo inconstitucional, constituiu a fonte inspiradora do legislador infraconstitucional brasileiro<sup>867</sup>, que, todavia, não atentou aos limites de sua atuação nessa matéria. No momento, a relevante

<sup>867</sup> Consoante relata Gilmar Mendes, in *Controle concentrado*, cit., p. 316, na Assembleia Constituinte que elaborou a Carta de 1988, o então Senador Maurício Corrêa apresentou proposta para a introdução de dispositivo que autorizava o STF a determinar se a "perda de eficácia" da lei ou norma legal que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas ocorreria desde sua entrada em vigor ou a partir da publicação da decisão declaratória. Porém, a proposta não logrou aprovação.

questão se encontra *sub judice*, uma vez que, em pelo menos duas ações diretas de inconstitucionalidade, se pede a declaração de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99<sup>868</sup>.

Na contramão do disposto no art. 27 da Lei n. 9.868/99, que sinaliza para a necessidade de impor limites, em abstrato, à ineficácia de atos normativos declarados inconstitucionais e de sua própria jurisprudência, que busca resguardar as situações concretas consumadas sob o império desses atos, vêm o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça admitindo largamente o uso de ação rescisória em face de decisões, transitadas em julgado, que aplicam leis posteriormente declaradas inconstitucionais pela Corte, com eficácia *erga omnes* ou não. Ora, de todas as situações subjetivas constituídas com fundamento em lei inconstitucional, as que reúnem maior consenso doutrinário, jurisprudencial e legislativo em torno da necessidade de preservação são justamente as amparadas em coisa julgada. Pretende-se que a coisa julgada somente não poderia ser, indiretamente, afetada pela declaração superveniente de inconstituição-

<sup>868</sup> ADIs 2.154-2 e 2.258-0, ambas, primitivamente, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, que, pouco antes de sua aposentadoria, proferiu voto no sentido da invalidade do dispositivo impugnado. Vale notar, contudo, que, em declaração incidental de inconstitucionalidade, o STF já fez uso do dispositivo legal, embora sem discutir a sua própria constitucionalidade. Trata-se do acórdão proferido no julgamento do RE 197.917, em que a Corte, sob a relatoria do Min. Maurício Corrêa, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo de lei municipal (Município de Mira Estrela/SP) que fixava o número de Vereadores em descompasso com a interpretação então dada ao art. 29, IV, da CF, determinando que, após o trânsito em julgado, a Câmara Municipal adotasse as medidas cabíveis para adequar a sua composição aos parâmetros fixados, "respeitados, entretanto, os mandatos dos atuais Vereadores" (DJ, 7-5-2004). A decisão, com o devido respeito, é triplamente equivocada: em primeiro lugar, não poderia o STF aplicar dispositivo legal cuja constitucionalidade é posta em dúvida em ações diretas pendentes de julgamento, sem declarar, incidentalmente, a sua validade, mesmo que ressaltando a possibilidade de reavaliá-la matéria por ocasião do julgamento das ADIs; em segundo lugar, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 cuida de hipótese excepcionalíssima de convalidação de ato normativo nulo, somente podendo operar no controle abstrato de normas, efetuado por meio de decisões com efeitos gerais; finalmente, poderia o STF obter o mesmo resultado da inadequada aplicação do dispositivo legal em foco com a mera preservação da situação concreta propiciada pela lei inconstitucional (sem entrar no mérito da necessidade ou não dessa preservação). A partir desse *leading case*, a Corte Suprema não tem mais titubeado em lançar mão do controvertido dispositivo legal, seja na via incidental, seja na via principal, tendo, inclusive, no julgamento da ADI 2.240-7/BA (inconstitucionalidade da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães), diferido por um período de vinte e quatro meses a declaração de nulidade (j. 9-5-2007; DJ, 3-8-2007).

nalidade da instância máxima de controle<sup>869</sup> após haver-se escoado o prazo decadencial de dois anos para a propositura de ação rescisória, em matéria civil (art. 495 do CPC)<sup>870</sup>. Dentro do biênio posterior ao trânsito em julgado seria sempre admissível a interposição de ação rescisória em face de decisão que aplica lei ulteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, tanto na via principal quanto na incidental, com fulcro no disposto no inciso V, do art. 485, do Código de Processo Civil (ofensa a literal disposição de lei). Se a inconstitucionalidade em questão é matéria incontroversa, afigura-se-nos cabível a rescisão da sentença que fez indevida aplicação de lei inconstitucional, nos termos prefigurados<sup>871</sup>. Todavia, se existe controvérsia a respeito, teria, a nosso ver, plena incidência o enunciado da Súmula 343 do STF, no sentido de que "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". Não é essa, entretanto, a orientação de nossa Corte Constitucional sobre a questão, tendo-se consolidado em sua jurisprudência o entendimento de que "é

869 Como já apontávamos em *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 129, jamais poderia a sentença transitada em julgado ser atingida diretamente pela declaração superveniente de inconstitucionalidade da lei que aplicou, já que os seus efeitos, então dotados de imutabilidade (coisa julgada formal e material), gozam de autonomia em relação aos efeitos da decisão declaratória de invalidade subsequente. No entanto, haveria uma repercussão indireta, na medida em que a decisão da instância máxima de controle indicaria a inconstitucionalidade do preceito aplicado, e, aliás, de modo incontestável, se adotada em controvérsia, com efeitos *erga omnes*.

870 A Medida Provisória n. 2.180, de 27-8-2001, acrescentou um parágrafo único ao art. 741, do CPC, para que se possa arguir, por meio de embargos à execução de sentença, a inexistência do título judicial, se "fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". Posteriormente, a Lei Federal n. 11.232/2005 confirmou o dispositivo, sem lhe alterar, substancialmente, a redação. O Conselho Federal da OAB questionou a constitucionalidade da norma, na expressão formal que lhe fora atribuída pela MP n. 2.180/01, por meio da ADI 2.418-3, ainda pendente de julgamento, tendo a PGR opinado pela procedência da ação, nessa parte. Com efeito, a disposição legal afigura-se-nos frontalmente contraposta ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, ressalvada, por fazer parte da própria conformação do instituto, a possibilidade de desconstituição do julgado mediante ação rescisória, nos termos da lei.

871 Registre-se que se a decisão do STF, declaratória de inconstitucionalidade, preceder à sentença que aplica a lei inconstitucional, há que distinguir: se emitida em controle abstrato de normas, cabe a propositura de rescisória com supedâneo no inc. IV, do art. 485, do CPC (ofensa à coisa julgada - *erga omnes*); se proferida *incidenter tantum*, também é pertinente a medida, porém com arrimo no inc. V do art. 485 e, nessa hipótese, apenas se inexistir controvérsia jurisprudencial sobre o assunto.

inaplicável o verbete 343 da Súmula do STF (...) em matéria constitucional, por afronta não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional, porquanto admitir-se *[sic]* a aplicação da orientação contida no referido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do STF<sup>872</sup>. Não vemos em que a força normativa da Carta Magna estaria comprometida se, nas hipóteses em análise, apenas se admitisse a propositura de rescisória por ofensa a literal disposição da Constituição com o filtro da Súmula 343, já que o princípio da supremacia, como qualquer outro de porte constitucional, admite um juízo de ponderação em face de princípios de igual hierarquia, como é o caso da segurança jurídica e do respeito à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), que a ela se associa, ambos inerentes ao Estado de Direito. Por outro lado, não há que vislumbrar afronta às decisões do Pretório Excelso proferidas incidentalmente, visto que destituídas de efeitos contra todos, e tampouco às que julgam procedentes ações diretas de inconstitucionalidade, desde que tenham sido prolatadas posteriormente ao julgado rescindendo.<sup>873 e 874</sup>

Mais inaceitável ainda é a jurisprudência que, após a promulgação da EC n. 3/93, tem entendido viável a ação rescisória de julgados que, incidentalmente, afastem a aplicação de lei por inconstitucionalidade, na medida em que o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a constitucionalidade do diploma legal, especialmente se por meio de ação direta, com eficácia

872 Acórdão em agravo regimental no RE 328.812-1/AM, relator Min. Gilmar Mendes (DJ, 11-4-2003).

873 No sistema europeu de controle, diante das características da sanção de anulabilidade, compatíveis com o reconhecimento de alguma eficácia à lei inconstitucional, e também em face do não envolvimento dos Tribunais Constitucionais com os casos concretos, a declaração de inconstitucionalidade em nada afeta as decisões das instâncias ordinárias com trânsito em julgado, exceto em matéria penal ou referente ao poder sancionador da Administração Pública, sempre em benefício do réu ou do administrado, como se pode constatar do preceituado no art. 40, n. 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (3-10-1979).

874 Em matéria penal, a declaração de inconstitucionalidade superveniente de legislação mais favorável ao acusado, utilizada em sentença transitada em julgado, com ela não interfere, pois não se admite a revisão criminal senão em benefício do réu. Ao contrário, se a legislação declarada inválida for desfavorável a este, poderá (se houver concordância com a tese por parte do tribunal revisor) a sentença condenatória precedente ser adequada a esse entendimento a qualquer momento (arts. 621, I, 1ª parte, e 622, *caput*, do CPP), o que, aliás, é obrigatório se a declaração de inconstitucionalidade for proferida com efeitos *erga omnes*.



contra todos. Nessa hipótese, nem sequer há que falar em ofensa a literal disposição de lei (*lato sensu*), pois a Constituição não resta vulnerada, ao menos diretamente, por força de decisão judicial que, em descompasso com o entendimento ulteriormente fixado pela Suprema Corte, recuse aplicação a ato legislativo tido como desconforme à Lei Maior, independentemente de existir ou não controvérsia judicial sobre a questão<sup>875</sup>. Pode-se pretender que a disposição legal ofendida, para efeito do cabimento de rescisória, reside na própria legislação, cuja aplicação se recusou. Porém, nesse caso, não há como afastar a incidência da restrição compendiada na Súmula n. 343<sup>876</sup>.

### 36 Controle da omissão legislativa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

No tocante ao problema da omissão de medida normativa em afronta a específico dever constitucional de legislar, a Carta de 1988 revelou-se sintonizada com o constitucionalismo contemporâneo, que tem envidado esforços no sentido do seu adequado enfrentamento, sem que haja o comprometimento do esquema geral de partilha de funções entre os Poderes do Estado. Dois instrumentos foram previstos para tal fim, cada qual com objeto, procedimento e efeitos distintos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Examinemos, nos seus contornos mais genéricos, os dois institutos.

No primeiro caso, está-se diante de controle principal ou em tese, de feições abstratas, vale dizer, em que não se analisa a repercussão do comportamento omissivo do Poder Legislativo ou da Administração no plano concreto das relações intersubjetivas. Ademais, cuida-se de controle concentrado, do ponto de vista da competência para exercê-lo, deferida com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal, em se tratando de omissão obstaculizadora da plena eficácia de norma contida na Constituição Federal (art. 102, I, a). Finalmente, como é próprio do controle principal de constitucionalidade, mormente se de natureza abstrata, conflui ele para um

875 Luís Roberto Barroso, em *O controle de constitucionalidade*, cit., p. 172, nota 188, mostra que a matéria permanece polêmica, opondo, de um lado, a jurisprudência do STF e, de outro, boa parte da doutrina processual.

876 É esta a conclusão alcançada por Ada Pellegrini Grinover, no artigo *Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional*, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 17:59, out./dez. 1996.

provimento jurisdicional com eficácia geral ou *erga omnes*. A característica da abstração, como já se fez notar no item 11, acarreta a estruturação do processo de controle em termos de contencioso objetivo, em que inexistem partes, mas apenas órgãos, autoridades e entidades, a quem é deferida a legitimação para agir de modo inteiramente desvinculado das repercussões subjetivas da omissão normativa, sem prejuízo do preenchimento, por parte de alguns dos legitimados, do requisito da pertinência temática. Com efeito, ressaltando-se a questão da constitucionalidade da exigência, instaurada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é de ser ela aplicada em relação ao direito de propositura de ação direta tendo por objeto omissão normativa, nos mesmos moldes da legitimação que recebem para a ação direta objetivando a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, cabendo, pois, a demonstração da "existência de uma relação entre a omissão inconstitucional que se pretende ver reconhecida e suas respectivas atribuições ou áreas de atuação"<sup>877</sup>.

Sob a ótica da disciplina normativa, não existe uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão distinta da ação direta por inconstitucionalidade comissiva. Na verdade, admite a Constituição brasileira que a ação direta de inconstitucionalidade possa ser proposta tendo em vista a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º). Portanto, a denominada ação direta de inconstitucionalidade por omissão nada mais significa do que um modo especial de exercício da ação direta de inconstitucionalidade *tout court*. Em outras palavras, autoriza a Lei Maior que os legitimados para a ação de inconstitucionalidade formulem pedido de declaração de nulidade de lei ou ato normativo a ela ofensivo ou de declaração de contrariedade à Constituição da omissão de medida, também de natureza normativa<sup>878</sup>, necessária à plena efetividade de disposição constitucional. Nessa segunda hipótese, é evidente que o provimento jurisdicional há de ser ajustado ao comportamento impugnado, de natureza omissiva, razão pela qual estabeleceu o Constituinte que, julgada procedente a ação, "será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias"<sup>879</sup>.

877 Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 201.

878 Veja-se o item 14, *retro*.

879 No mesmo sentido, posiciona-se Clèmerson Merlin Clève, em *A fiscalização abstrata*, cit., p. 229: "Parece que o Constituinte não pretendeu instituir uma ação especial para fiscalizar a omissão inconstitucional. Da leitura do art. 103 da Constituição da República pode-se depreender que o legislador constituinte pretendeu, sim, autorizar, no âmbito da já conhecida ação direta, o reconhecimento, pelo Supremo, da existência de uma inconstitucionalidade por omissão."

Da constatação de que, em nosso sistema de controle, a inconstitucionalidade por omissão normativa é objeto, em via principal, do mesmo instrumento pelo qual se ataca a inconstitucionalidade comissiva decorrem algumas consequências.

A primeira delas é que não há diferença entre os legitimados ativos em uma e outra hipótese de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, *caput*, da CF). Em segundo lugar, há uma unidade procedimental, o que explica a ausência de regras especificamente voltadas à impugnação da inconstitucionalidade omissiva no âmbito da Lei n. 9.868/99. De toda sorte, pela própria dicação do § 3º, do art. 103, da Constituição da República, é inteiramente descabida a citação do Advogado-Geral da União para exercer a curadoria da constitucionalidade nas ações diretas que, unicamente, verberem comportamento omissivo do Poder Público, pela simples razão de que inexistente lei ou ato normativo a ser defendido<sup>880</sup>. De igual modo, a diferença de objeto aponta para o descabimento de medida cautelar em ação direta exclusivamente voltada à inconstitucionalidade por omissão, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>881</sup>. Em terceiro lugar, afigura-se perfeitamente possível a cumulação de pedidos em ação direta de inconstitucionalidade, requerendo o proponente a declaração de inconstitucionalidade no todo ou em parte de ato legislativo (ou normativo), ao mesmo tempo em que pede a declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa (ou normativa) exigida por preceito constitucional específico<sup>882</sup>. E isso, a propósito, quer se trate de omissão total ou parcial. Assim, por exemplo, se os Poderes Executivo e Legislativo traçam a disciplina de certa matéria por meio de diploma legal eivado de inconstitucionalidade, podem, ao mesmo tempo, haver-se omitido, totalmente, em relação a um aspecto cujo regramento era imposto pela Constituição, de modo a dar plenitude de efeitos a norma de eficácia limitada. No tocante à omissão parcial, pode-se conceber a cumulação de pedidos especialmente

880 Cf. decisão na ADI 480, rel. Min. Paulo Brossard (DJ, 25-11-1994).

881 Entre outros julgados (e. g., ADI 1.387-DF - RTJ 164:903), no acórdão proferido no julgamento de medida cautelar na ADI 267-DF proclamou-se: "A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional." (RTJ 161:739.)

882 Restam atendidos os três pressupostos da cumulação de pedidos estabelecidos pelo art. 292, § 1º, do CPC.

quando esta assumir natureza quantitativa (incompletude). Figure-se a hipótese de norma constitucional que, para ser plenamente operante, exija a veiculação de ato legislativo que discipline aspectos diversos, porém interligados, de uma mesma matéria. Uma vez editado o ato reclamado, pode ele vir a se revelar inconstitucional no tocante aos assuntos regulados e, simultaneamente, omissivo no que concerne a determinado aspecto. Não é de aceitar, entretanto, a conversão de ação direta proposta em face de inconstitucionalidade comissiva em ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou vice-versa, porém isso em razão do princípio da ação ou do pedido, que impede ao Tribunal substituir-se ao requerente da medida na delimitação do objeto da declaração pleiteada<sup>883</sup>.

Além da admissibilidade de pedidos cumulativos para que se declare, em uma única decisão, inconstitucionalidade por ação e por omissão, mostra-se viável, outrossim, a formulação de pedidos sucessivos, envolvendo as duas categorias, notadamente em face do fenômeno da omissão parcial relativa<sup>884</sup>. No que tange ao que poderíamos chamar de omissão parcial absoluta, de natureza qualitativa, ou seja, a implementação insuficiente de preceito constitucional de eficácia limitada, revelar-se-ia contrário um pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação editada, cumulativamente com pedido de declaração de omissão inconstitucional, consistente na falta de integral adimplemento do dever imposto pelo Constituinte. De fato, a declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo produzido, ainda que insatisfatório em termos de cabal cumpri-

883 Nessa direção firmou-se a jurisprudência do STF, como se verifica do acórdão, relatado pelo Min. Celso de Mello, proferido na apreciação de medida liminar na ADI 1.439-1 (DJ, 30-5-2003), fundando-se a Corte, todavia, nessa ocasião, "nas múltiplas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão", o que, *data venia*, não constitui fundamento consistente para se recusar a conversão. Andou melhor a Corte, a propósito do tema, no julgamento da ADI 986 (DJ, 8-4-1994), tendo na ocasião declarado o Min. Sepúlveda Pertence que "o pedido de ação direta de inconstitucionalidade de norma é de todo diverso do pedido da ação de inconstitucionalidade por omissão", o que lhe valeu crítica, *data venia*, infundada de Gilmar F. Mendes, in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 302, sob o argumento falacioso de que, "em um ou em outros casos, tem-se sempre um pedido de declaração de inconstitucionalidade". Ora, os pedidos em ações diretas de inconstitucionalidade não são genéricos, exigindo a própria legislação infraconstitucional que a petição inicial indique "o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado", o que importaria, no caso de inconstitucionalidade por omissão, na indicação do específico dever de legislar descumprido. Cf. Luís Roberto Barroso, O controle, cit., p. 205.

884 No tocante às modalidades de omissão inconstitucional, veja-se o item 14, *regra*.



mento da Constituição, somente agravaria a situação de inconstitucionalidade omissiva, o que não se compadece com o objetivo buscado pelo proponente, que é o de provocar a superação do problema. Assim sendo, tal modalidade de comportamento omissivo há de resultar em simples pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial<sup>885</sup>. Entretanto, não é de descartar a possibilidade no que pertence à omissão parcial relativa, em que o legislador, no uso da competência geral de formação normativa de que dispõe, atribui benefício a determinada categoria de pessoas, deixando à margem, todavia, outras tantas que deveriam ser também contempladas em virtude do princípio da isonomia<sup>886</sup>. No que concerne ao sistema brasileiro de controle da constitucionalidade de atos e missões normativas, apresentam-se três alternativas de equacionamento: (I) declara-se a inconstitucionalidade da disposição legal que criou a vantagem discriminatória, restituindo-se, pois, a situação ao *statu quo ante*, com a perda de benefícios por parte dos aquinhoados e não a sua extensão às categorias excluídas; (II) procede-se à interpretação conforme da cláusula

<sup>885</sup> O STF defrontou-se com diversas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão dessa natureza, tendo por objeto medidas provisórias de fixação do valor do salário mínimo, encaminhadas no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade por omissão parcial dos Poderes Executivo e Legislativo, consubstanciada no insuficiente atendimento ao comando constitucional pertinente (art. 7º, IV, da CF). Cf. o acórdão prolatado no julgamento de pedido de medida liminar na ADI 1.458-7/DF, rel. Min. Celso de Mello, cuja emenda consigna: "A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (...), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica." (RTJ 162:877.) A referida ação direta restou, afinal, prejudicada, em razão da revogação da MP n. 1.415/96, editando-se, sucessivamente, outras de igual teor, sem o indispensável aditamento da inicial. No entanto, ainda que em juízo cautelar, é de questionar se, no caso, estaria mesmo configurado o comportamento omissivo, já que a norma constitucional agasalhadora da garantia do salário mínimo tipifica autêntica norma programática, cuja implementação não depende apenas de ato normativo infraconstitucional, mas, também, da conjugação de variáveis econômicas e financeiras que dificultam, sobremodo, a caracterização do fenômeno da omissão inconstitucional.

<sup>886</sup> Quando se trata da instituição de um gravame de caráter discriminatório, o tema não oferece maior dificuldade, comportando solução adequada no âmbito da declaração de inconstitucionalidade positiva, com pedido singular de reconhecimento da invalidade da legislação agressiva à isonomia. No mesmo sentido, Clémerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata*, cit., p. 239.

legal, combinada com a declaração de sua nulidade parcial sem redução de texto, no sentido de que o preceito é constitucional, desde que interpretado de modo a abranger as categorias marginalizadas, declarando-se a inconstitucionalidade das exegeses que importem na manutenção da discriminação injustificada; (III) limita-se o órgão de controle a reconhecer a inconstitucionalidade da omissão parcial gerada pela estipulação de vantagem a grupos ou categorias de pessoas, importando na recusa implícita e indevida do benefício a terceiros. A primeira e a segunda hipótese se adaptam perfeitamente ao controle por meio de ação direta de conteúdo positivo, ao passo que a terceira pode ser propiciada mediante a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Contudo, na medida em que qualquer delas se mostra tecnicamente hábil à superação da situação anti-isonômica, não se pode recusar aos legitimados para a ação direta uma terceira alternativa de provocação da Corte, que deixa a ela, na verdade, a escolha da opção a seguir: pede-se a declaração de inconstitucionalidade da cláusula legal, ou de modo total (I) ou de maneira parcial (II - decisão interpretativa aditiva), com o pedido sucessivo<sup>887</sup> de que, caso decida o Tribunal considerar constitucional o dispositivo em questão, seja, então, reconhecida a omissão parcial (relativa) do legislador<sup>888</sup>. Gilmar Ferreira Mendes, que não se refere à possibilidade de pedido sucessivo, mas advoga a viabilidade da conversão de ação direta de inconstitucionalidade comissiva em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com resultado prático assemelhado, constrói uma quarta hipótese, confessadamente inspirada na jurisprudência da Corte Constitucional alemã: a declaração de inconstitucionalidade da cláusula legal de desequiparação, sem a pronúncia de nulidade<sup>889</sup>. Essa alternativa, entretanto, mostra-se totalmente

<sup>887</sup> Veja-se o art. 289 do CPC.

<sup>888</sup> É a solução proposta por Clémerson M. Clève, para contornar a resistência (justificada, a nosso ver) do STF em relação à "fungibilidade entre as ações de inconstitucionalidade positiva e decorrente de inércia". Cf. *A fiscalização abstrata*, cit., p. 244-5, com a ressalva de que não se trata de pedidos "alternativos" (que se prendem ao cumprimento de obrigações alternativas - art. 288 do CPC), como denomina o autor, e sim de pedidos sucessivos, nos termos do art. 289 do CPC. O STF caminhou nessa linha ao determinar a reunião das ADIs 525 e 529, a primeira tendo por objeto a inconstitucionalidade da MP n. 296/91, que alterou a remuneração dos servidores civis e militares da União, e a segunda pedindo o reconhecimento da omissão parcial do legislador, por ofensa à isonomia, porquanto se cuidaria de revisão geral de vencimentos em descompasso com o art. 37, X, da CF. Todavia, acabou não havendo o julgamento de mérito dessas ações, que foram consideradas prejudicadas.

<sup>889</sup> Cf. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 299-302.

incompatível com o sistema sancionatório do vício de inconstitucionalidade adotado no ordenamento brasileiro<sup>890</sup>. A princípio, afigura-se nos que o órgão fiscalizador, nas situações de omissão parcial relativa, em face da "exclusão (*implícita*) de benefício incompatível com o princípio da igualdade", absolutamente arbitrários e injustificáveis, deve declarar a inconstitucionalidade total da cláusula de atribuição de benefício ou sua inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, com a extensão da vantagem às categorias excluídas. A opção entre uma e outra alternativa se prende essencialmente à avaliação do impacto orçamentário da medida e da convocação de poder ou não ser ela absorvida pela Administração ou particulares por ela onerados<sup>891</sup>. Já a declaração de constitucionalidade da cláusula legal, com o simultâneo reconhecimento de omissão parcial inconstitucional, deve ficar restrita às situações em que, de certo modo, há que prevalecer a "liberdade de conformação do legislador", por não se estar diante de uma inconstitucionalidade manifesta e por haver diversas alternativas para eliminar a situação de ofensa à isonomia<sup>892</sup>.

Por último, a unidade funcional da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente de se postular o reconhecimento da existência de ato ou omissão contrária à Constituição, predica a viabilidade de os Estados inserirem, nas respectivas Cartas locais, norma assemelhada à do § 2º, do art. 102, da Constituição Federal, na medida em que foram eles autorizados, expressamente, a instituir mecanismo de controle abstrato da inconstitucionalidade [art. 125, § 2º]<sup>893</sup>.

890 Veja-se o item 21, *retro*.

891 Afigura-se nos precisa a advertência de Clémerson M. Clève a propósito da cautela que deve cercar a utilização de decisões interpretativas aditivas: "Ora, a efetivação de certas pretensões está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do *financeiramente possível*. Decidindo questões dessa natureza, com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*, o Judiciário não pode ultrapassar os limites do constitucionalmente possível. O Estado dispõe de um orçamento e recursos limitados; além do mais, em certos casos, a solução das demandas exige a preliminar satisfação de pressupostos fáticos sem os quais qualquer direito permanecerá sem possibilidade de efetivação. Os benefícios concedidos a um grupo *nem sempre podem ser estendidos, em virtude de decisão judicial, aos não beneficiados*." A *fiscalização abstrata*, cit., p. 240-1.

892 Conforme relata Gilmar F. Mendes, in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 210, "a liberdade de conformação do legislador tornou-se uma espécie de *cláusula geral* para justificar a aplicação da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade".

893 Assim têm procedido os Estados [e.g., Const. de São Paulo, arts. 74, VI, e 90, § 4º], sem nenhum questionamento, ao que se sabe. No sentido da viabilidade da declaração, em tese, de inconstitucionalidade por omissão no plano estadual manifesta-se Luis Roberto Barroso, em *O controle*, cit., p. 199.

A decisão de controle emitida ao ensejo do reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão no Brasil apresenta natureza variada, no tocante à tradicional classificação dos provimentos jurisdicionais. Em algumas hipóteses, diante da estipulação na Constituição de prazo para o adimplemento do dever de legislar, está-se diante de decisão meramente declaratória da mora estatal<sup>894</sup>. Na maioria das vezes, o Supremo Tribunal Federal emitirá provimento de natureza constitutiva, no sentido restrito de constituir em mora o Poder Público omissivo, porquanto é uníssona a jurisprudência da Corte no sentido de que não assiste a ela, "em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (...), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente"<sup>895</sup>. A constituição em mora se complementa com a identificação do Poder competente para a adoção das providências necessárias a tornar efetiva a norma constitucional impositiva do dever de legislar [art. 102, § 2º, da CF]. Todavia, se a omissão for imputável a órgão administrativo, a decisão terá natureza mista, constitutiva e mandamental, pois, além da constituição em mora, será emitida ordem para que se adotem as providências cabíveis, no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização, no plano criminal e disciplinar<sup>896</sup>.

Em um de seus dispositivos mais polêmicos, a Constituição de 1988, sem inspiração claramente identificada no direito estrangeiro<sup>897</sup>, estabeleceu que será concedido "mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades consti-

894 Anota Luís R. Barroso, em *O controle*, cit., p. 214, que, "no caso de lei que deva ser aprovada anualmente, como a de revisão geral da remuneração dos servidores públicos, a mora se caracteriza pelo decurso do prazo de doze meses sem encaminhamento da mensagem pelo Executivo". Todavia, ressalvamos que, a despeito da jurisprudência do STF, não vislumbramos no inc. X, do art. 37, da CF, a obrigatoriedade de encaminhamento anual de projeto de lei, em cada esfera da federação, concedendo aumento de vencimentos aos servidores públicos respectivos, já que o texto constitucional alude à "revisão geral anual", o que nem sempre importará em concessão de reajuste.

895 Acórdão a propósito de pedido de liminar na ADI 1.458-7/DF (RTJ 162:877).

896 Vale ressaltar, no entanto, que, até o momento, não teve o STF a oportunidade de prolatar decisão dessa natureza.

897 Em monografia dedicada ao instituto, assinalou Roberto A. C. Pfeiffer: "Com a devolução de poderes que entendem o contrário, o mandato de injunção constitui novidade introduzida pelo direito brasileiro, não se encontrando remédio igual em outros ordenamentos jurídicos. Entretanto, não podemos negar que possui algumas características semelhantes a alguns outros institutos, mas não o suficiente para conferir completa similitude entre eles." *Mandado de injunção*, cit., p. 31.



tucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Cuida-se, como não é difícil perceber, de uma nova garantia constitucional de direitos fundamentais, inserida na categoria dos denominados remédios constitucionais, conceituados por José Afonso da Silva como "os meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir, ilegalidades e abuso de poder* em prejuízo de direitos e interesses individuais"<sup>898</sup>. O novel instituto evoca, de algum modo, o mandado de segurança, porém dele difere substancialmente, porquanto aquele *writ* protege direito líquido e certo em face de ilegalidade ou abuso de poder, pressupondo, portanto, a existência de norma a fundamentar a existência do direito, ao passo que o mandado de injunção se predispõe a enfrentar o problema da ausência de regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada<sup>899</sup>, que contemple *in fieri* direito, liberdade ou prerrogativa.

A primeira controvérsia que o dispositivo-matriz suscitou foi a relativa à sua própria eficácia, ou seja, haveria ou não necessidade de legislação integradora para que o mandado de injunção pudesse vir a ser exercitado? Ao apreciar questão de ordem do Mandado de Injunção n. 107-3/DF, na esteira do voto do relator, Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que se tratava de norma autoaplicável, devendo o processo judicial nela previsto seguir o rito do mandado de segurança. Porém, o acórdão então proferido, que traçou os contornos do instituto, na interpretação da Corte, vinculou a aplicabilidade imediata do instrumento à sua natureza, que, naquela mesma decisão, foi praticamente equiparada à ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>900</sup>. De toda sorte, afigura-se correto o julgado na conclusão a que chegou quanto à eficácia plena do inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição, por se afinar com diversos precedentes pelos quais se aceitou a utilização de remédios constitucionais, independentemente de legislação disciplinadora de seu

<sup>898</sup> *Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 442.

<sup>899</sup> Acerca da distinção, de largo uso no Direito brasileiro, entre as normas constitucionais de eficácia plena e de eficácia limitada, veja-se José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1982, p. 53-90. O descabimento do mandado de injunção nas hipóteses de direitos sediados em norma constitucional de eficácia plena é pacífico na jurisprudência do STF e na doutrina. Cf. Flávia Piovesan, *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 140, com a invocação de farta jurisprudência.

<sup>900</sup> *DJ*, 21-9-1990.

procedimento, desde que contemplados em norma com suficiente densidade significativa quanto ao seu conteúdo<sup>901</sup>. A legislação infraconstitucional, ademais, acolheu a solução pretoriana<sup>902</sup>.

Qual seria o objeto remoto do mandado de injunção, vale dizer, quais as situações omissivas que por meio desse instrumento se pretende superar? A indagação acaba por redundar na *vexata quaestio* concernente aos direitos tuteláveis mediante injunção. Estabeleceu-se ruidosa controvérsia doutrinária sobre o assunto, tão logo veio a lume a Carta de 1988, constatando-se grande diversidade de posições, desde aquelas mais restritivas, como a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que limitava o cabimento da medida à efetivação de algumas categorias de direitos fundamentais<sup>903</sup>, até outras de caráter ampliativo, como a de José Carlos Barbosa Moreira, que, além de admitir o uso do instrumento para a tutela de todo e qualquer direito de porte constitucional, vislumbrava a possibilidade de ser ele manejado para a complementação de normas infraconstitucionais, desde que concorrentes às prerrogativas inerentes à nacionalidade, cidadania e soberania<sup>904</sup>. De nossa parte, entendemos que o mandado de injunção foi criado para dar maior efetividade ao disposto no § 1º, do art. 5º, da Constituição, que proclama que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"<sup>905</sup>. Essa norma constitui, antes de mais nada, decorrência do princípio instrumental da máxima efetividade das normas constitucionais, sublinhando que as normas veiculadoras de direitos fundamentais devem ser interpretadas no sentido de lhes reconhecer eficácia plena. Entretanto, não obstante essa diretriz, constata-se que inúmeros

<sup>901</sup> Foi o que ocorreu com o próprio mandado de segurança. Além disso, a solução se mostra afinada com o postulado interpretativo da máxima efetividade das normas constitucionais, segundo o qual, na lição de Celso R. Bastos, in *Hermenêutica e interpretação constitucional*, cit., p. 104, "sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia".

<sup>902</sup> Cf. art. 24, par. único, da Lei Federal n. 8.038/90.

<sup>903</sup> Continua o autor sustentando o entendimento de que o mandado de injunção "não alcança outros direitos [fundamentais], por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais", mesmo diante da jurisprudência contrária do STF. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 321.

<sup>904</sup> Consulte-se Roberto A. C. Pfeiffer, ob. cit., p. 58-9, que resume o pensamento do emérito processualista.

<sup>905</sup> No mesmo sentido manifesta-se José Afonso da Silva, em seu *Curso*, cit., p. 449, sem extrair, entretanto, as mesmas consequências no tocante à identificação dos direitos tuteláveis mediante mandado de injunção.

direitos fundamentais estão escorados em normas constitucionais de eficácia limitada, algumas delas de natureza preceptiva e outras tantas de natureza programática. Ao analisar a questão, que igualmente se coloca no direito constitucional português, diante de regra similar presente no regime jurídico dos "direitos, liberdades e garantias"<sup>906</sup>, Jorge Miranda aduz que a falta das medidas legislativas reclamadas para a aplicação imediata de preceitos que ostentem a natureza de normas não executáveis por si mesmas somente acarreta inconstitucionalidade por omissão, controlável nos termos do art. 283 da Carta de 1976<sup>907</sup>. O Constituinte brasileiro, todavia, foi além. A omissão normativa que inviabilize a fruição de um direito fundamental foi reputada mais grave do que aquela que simplesmente impeça a efetividade plena de norma constitucional concernente a outros temas: esse segundo comportamento omissivo se resolve nos limites da ação direta de inconstitucionalidade, enquanto o primeiro deve ser combatido e superado mediante instrumental mais poderoso, que, de fato, viabilize o exercício do direito fundamental afetado pela inércia estatal. Mas, exatamente por entendermos que o mandato de injunção se vincula ao regime próprio dos direitos fundamentais, constituindo medida excepcional de intervenção do Poder Judiciário na liberdade de conformação normativa assegurada ao legislador, é que não nos parece possível a tutela por injunção de outros direitos, não fundamentais, mesmo que constitucionalmente assegurados<sup>908</sup>.

A essa altura, importa, pois, verificar quais são os efeitos produzidos pela concessão de mandato de injunção, o que conflui para a questão da natureza do provimento jurisdicional que julga procedente a demanda.

906 Art. 18, n. 1, 1.ª parte, da Constituição portuguesa.

907 Cf. *Manual de Direito Constitucional*, 2. ed., Coimbra, Coimbra Ed., 1993, t. 4, p. 278.

908 É certo que no *leading case*, representado pelo MI 107-3/DF, definiu-se que não haveria razão "para restringir os termos literais do inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição", alusivo a "direitos e liberdades constitucionais" (cf. voto do Min. Moreira Alves na QO). Contudo, ao mesmo tempo em que o STF, "generosamente", estendia a tutela por injunção a todo e qualquer direito de porte constitucional, ignorando a necessidade de fazer uma interpretação sistemático-teleológica do dispositivo-matriz, que o vinculasse ao disposto no § 1.º, do art. 5.º, da CF, acabava, na verdade, por "sonég-la em geral", esvaziando o sentido protetivo de um autêntico remédio constitucional que lhe houvera emprestado o Constituinte. A doutrina não se apercebeu de que uma questão estava ligada a outra e simplesmente aplaudiu a interpretação do STF quanto ao largo cabimento da medida em face de omissões inconstitucionais. Cf., entre outros, Flávia Piovesan, ob. cit., p. 140, e Roberto A. C. Pfeiffer, ob. cit., p. 59. Na linha exegética ora preconizada, mas sem fazer referência ao § 1.º, do art. 5.º, da CF, mencione-se Celso Bastos, *Cirso*, cit., p. 223.

Travou-se, também sobre esse ponto, intenso debate doutrinário e jurisprudencial, que não cabe reproduzir, mas que redundou em três posições principais, a seguir expostas de forma crítica<sup>909</sup>.

Para alguns, caberia ao Poder Judiciário, após constatar a presença dos pressupostos para acolhimento do pedido, proferir decisão de natureza normativa, elaborando, conquanto provisoriamente e após o decurso de um prazo fixado para a colmatagem do vazio normativo, o regramento reclamado para o exercício do direito protegido por injunção. Tal disciplina normativa judiciária, de natureza precária e supletiva, operaria em abstrato e com efeitos gerais, razão pela qual o provimento outorgado teria eficácia *erga omnes*. A todos os beneficiados, em concreto, pelas normas judicialmente fixadas se abriria a possibilidade de reclamar em juízo, mediante ação própria, o que lhes fosse devido. A tese, conquanto tenha até mesmo inspirado projeto de lei que objetivava a regulamentação infraconstitucional do instituto<sup>910</sup>, não seduziu a maior parte da doutrina e foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente por atribuir ao Poder Judiciário atividade de natureza normativa, quase que rompendo os limites conceituais da função jurisdicional<sup>911</sup>, e, de todo modo, apartando-se da jurisdição de cunho ordinário.

Para outros, entre os quais nos incluímos, a procedência do mandato de injunção deveria culminar com a emissão de provimento de natureza

909 Para uma resenha completa das diversas correntes doutrinárias (e suas variantes) que se formaram a propósito da decisão de procedência em mandato de injunção, veja-se Roberto A. C. Pfeiffer, ob. cit., p. 80-116.

910 Projeto de Lei n. 4.679/90, de autoria do Deputado federal Cunha Bueno, fundado em estudo realizado por José Ignácio Botelho de Mesquita.

911 Clémerson M. Clève, in *A fiscalização abstrata*, cit., p. 253, bem resume a objeção nuclear ao reconhecimento de tais poderes normativos ao Poder Judiciário: "Com efeito, é difícil imaginar que um órgão como o Judiciário, cujos agentes não dispõem de representatividade popular, pudesse exercer a liberdade de conformação típica do Legislativo e excepcionalmente do Executivo. Aceita essa tese, teríamos como consequência a negação do sistema constitucional brasileiro de organização funcional do poder (...), que atribui o exercício da política, enquanto atividade de determinação do sentido para o qual se orientará a ação estatal, ao Executivo e ao Legislativo, mas jamais ao Judiciário." Não nos parece, contudo, que se estava a atribuir ao Poder Judiciário competência, predominantemente, de criação normativa, pois a sua atuação continuaria a depender da provocação dos potencialmente afetados pela omissão inconstitucional [inércia], cuja legitimação para agir dependeria da comprovação dessa circunstância, não sendo, de outra parte, de todo estranha à função jurisdicional uma espécie de "arbitragem normativa" (criação de normas por equidade), destinada a suprir a ausência de normas legislativas (*lato sensu*).



constitutivo-condenatória ou constitutivo-mandamental, mediante o qual, inicialmente, se constrói a disciplina normativa necessária ao pleno exercício do direito tutelado, porém para vigorar em concreto, nos limites da situação fática trazida a juízo, para, em seguida, impor condenação ou ordem de fazer ou deixar de fazer ao sujeito passivo da relação jurídica em pauta<sup>912</sup>. A decisão, portanto, produziria efeitos apenas entre as partes. As objeções endereçadas a essa segunda variante exegética apegam-se em dois pontos principais: o fato de o suprimento normativo operar apenas no caso concreto permite que, em outros mandados de injunção posteriormente perpetrados, as normas construídas tenham outro conteúdo, o que se afirmaria ofensivo ao princípio da isonomia; a eficácia *inter partes* da decisão conduziria à propositura, a depender dos contornos fáticos da matéria, de centenas ou milhares de ações da mesma natureza, acabando por sufocar os tribunais superiores, que, diante das regras de competência constitucionally fixadas<sup>913</sup> e dos órgãos, entidades e autoridades responsáveis pela atividade normativa, são os destinatários mais frequentes dessas ações<sup>914</sup>. As críticas, entretanto, não procedem. A ofensa à isonomia vislumbra, se precedente, poderia também ser estendida a todas as decisões judiciais que, nos limites do caso concreto, afastam a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, como é próprio de nosso sistema de controle na via incidental. Aliás, foi para obviar esse inconveniente que o Constituinte se ocupou de impedir uma dispersão excessiva da competência para conhecer de mandados de injunção<sup>915</sup>. Quanto à outra objeção (multiplicidade de feitos), poderia ser equacionada mediante a formulação de uma decisão paradigmática, a ser reproduzida nas demais ações, o que, aliás, constitui praxe conhecida de nossos tribunais. Isso sem falar que, se restrita a tutela por meio de injunção aos direitos fundamentais, nem sequer haveria o risco da temida "avalanche processual". Essa segunda vertente doutrinária repercute diretamente na questão dos legitimados passivos em

912 Por conseguinte, nem sempre o decisório teria natureza mandamental, o que não deveria causar espécie, pois não é a denominação dada pelo legislador que define a natureza de um instituto jurídico.

913 Vejam-se os arts. 102, I, *g*, e II, *a*, 105, I, *h*, e 121, § 4º, V, da CF.

914 Cf. Roberto A. C. Pfeiffer, ob. cit., p. 97-100.

915 Nesse sentido a observação de Luis Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 93: "De fato, partindo da premissa de que ele se destina a sanar, para o caso concreto, a omissão legislativa, a concentração da competência nos tribunais evita a dispersão do poder decisório e permite manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, evitando decisões conflitantes ou não isonômicas."

mandado de injunção, que seriam as pessoas públicas ou privadas que estariam obrigadas a suportar os ônus do exercício do direito tutelado, não obstante se advogue a cientificação dos órgãos ou entidades responsáveis pela omissão normativa<sup>916</sup>.

Finalmente, registra-se a tese que contou, durante anos, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a procedência da reportada ação constitucional redunida, na maioria das vezes, em provimento de natureza constitutiva, porém com o sentido de meramente constituir em mora o órgão ou entidade inerte, dando-lhe ciência da omissão, a fim de que possam ser adotadas as providências necessárias ao suprimento do vazio normativo. Pretendeu-se que essa decisão teria natureza mandamental, à semelhança do que ocorre em mandado de segurança. Sucede, porém, que, consoante anotam os processualistas, as sentenças mandamentais (e executivas *lato sensu*) se distinguem das condenatórias puras "porque a atuação concreta do comando da sentença não depende de um processo executivo *ex intervallo*"<sup>917</sup>. Destarte, no mandado de segurança, é emitida uma ordem à autoridade impetrada para que faça ou deixe de fazer alguma coisa, ordem essa cujo cumprimento prescinde de execução autônoma. Ora, se por meio do mandado de injunção se obtêm os mesmos efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vale dizer, constitui-se em mora o órgão inadimplente para, em seguida, meramente lhe ser dada ciência de que deve adotar as providências normativas de sua alçada, como vislumbra na decisão de acolhimento do pedido de injunção natureza mandamental, visto não dispor o Poder Judiciário de meios coercitivos que possam conduzir ao cumprimento do julgado? Trata-se, na verdade, de decisão constitutiva, nos moldes já apontados em relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, exceto nas raras situações em que a normatividade faltante seja da competência de órgão administrativo, assumindo, então, apenas nesse caso, a decisão proferida em mandado de injunção natureza constitutivo-mandamental, sem implicar, entretanto, atendimento à pretensão material dos impetrantes, porquanto seria apenas emitida uma ordem para que o órgão remissivo expedisse o ato normativo que lhe competia. O corolário do posicionamento adotado pela Suprema Corte, no que toca à legitimação passiva, foi o de que esta recai apenas sobre os órgãos, entidades ou autoridades a quem incumbe o preenchimento da lacuna de legislação<sup>918</sup>.

916 Cf. Luís R. Barroso, *O controle*, cit., p. 96.

917 Araújo Cintra e outros, *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 309.

918 Veja-se, entre inúmeros outros, o acórdão no MI 352-1/RS [RTJ 165:429].

Com essa exegese do Texto Magno, o Supremo Tribunal Federal praticamente equiparou o mandato de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ambos seriam instrumentos destinados ao enfrentamento da omissão inconstitucional, mas não autorizam ao Poder Judiciário a substituição do órgão responsável por dar plenitude de eficácia às normas constitucionais, servindo apenas para estimulá-lo ou, no caso de órgão administrativo, para compeli-lo a agir. Na medida em que não se cogite de propiciar a fruição efetiva de direitos mediante a utilização do mandato de injunção, é evidente que a legitimação para agir não precisa ser concedida nos padrões do contencioso subjetivo, bastando que os impetrantes demonstrem a condição de interessados na superação da omissão inconstitucional, por se situarem como potenciais beneficiários da lei ou ato normativo a ser editado. O mandato de injunção, portanto, também ensejaria um controle em tese, ou em abstrato, da inconstitucionalidade omissiva, desenvolvido por meio de um contencioso de natureza objetiva. Diante dessas características, não havia por que recusar às decisões de procedência proferidas em sede de injunção a eficácia *erga omnes*. Esse aspecto restou implícito na configuração do instituto pela jurisprudência do Pretório Excelso, porquanto, em tentativa de acentuar o caráter mandamental da decisão concessiva, afirmou-se a possibilidade de, no caso de direito constitucional oponível contra o ente público responsável pela omissão, ordenar a suspensão dos processos judiciais e administrativos pendentes, de modo a impedir dano para o impetrante (e demais beneficiários da norma constitucional), dano esse que "não ocorreria se aquele direito fosse exercitável"<sup>919</sup> e <sup>920</sup>. Essa, aliás, uma das diferenças que existiam entre as decisões de acolhimento proferidas em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em mandato de injunção.

Uma vez estabelecido, de um lado, que o *writ* ora em foco propicia o controle da omissão normativa em abstrato, dando azo a decisões de

919 Acórdão no MI 107-3/DF (questão de ordem).

920 Gilmar Ferreira Mendes, in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 291, observou, com muita acuidade, que esse efeito mandamental suplementar implicava o reconhecimento de eficácia geral ou *erga omnes* às decisões de procedência em mandato de injunção: "O Tribunal parte da ideia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandato de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandato de injunção."

procedência com efeitos gerais, e, de outro, que a inércia estatal teria de ser mais rigorosamente combatida nas hipóteses em que o direito constitucional tutelado devesse ser exercitado em face da própria entidade omissa, estavam criadas as condições para que o Supremo Tribunal Federal procedesse a uma segunda diferenciação entre a decisão concessiva de injunção e a de procedência de ação direta por inconstitucionalidade passiva. Assim é que, acenando mais ainda o caráter mandamental daquela, em duas ocasiões a Corte Suprema excepcionou a sua própria jurisprudência, estipulando prazo para que o legislador prestasse o suprimento normativo faltante<sup>921</sup>, sob pena de, em não o fazendo, atribuir eficácia plena à norma constitucional violada, com o que estaria viabilizado o exercício do direito invocado. Os pressupostos para que a procedência da injunção acarrete tais efeitos, entretanto, são relativamente estreitos: (A) em primeiro lugar, é preciso, como já se disse, que o direito constitucional protegido seja oponível ao próprio ente público ao qual se imputa a omissão normativa<sup>922</sup>; em segundo lugar, a norma constitucional a ser ativada pelo próprio órgão de controle deve ser de eficácia limitada, de natureza preceptiva, isto é, carente apenas de implementação no plano normativo, e deve conter elementos suficientes para que se lhe possa fazer incidir de imediato, conquanto provisoriamente, até que seja editada a legislação faltante<sup>923</sup>. De toda sorte, não se pode deixar de atribuir

921 O caráter excepcional desses decisórios restou evidenciado, e. g., no MI 361 (RTJ 158:375), em que se assinalou descaber a "fixação de prazo para o suprimento da omissão constitucional, quando - por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional de exercício obstando pela ausência de norma regulamentadora (...) -, não seja possível cominar consequência à sua continuidade após o termo final da dilação assinada".

922 A falta desse pressuposto é que explica o deferimento apenas parcial da injunção, nos parâmetros usuais, no tocante à omissão na regulamentação do inc. XXI, do art. 7º, da CF, que trata do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (MI 369-DF, sob a relatoria, para o acórdão, do Min. Francisco Rezek - DJ, 26-2-2003).

923 Esses requisitos estavam presentes nas duas situações de omissão inconstitucional examinadas nos MI 283-5/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence (RTJ 135:882) e 232-1/RJ, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 137:965). No primeiro caso, a norma a ser suprida era o § 3º, do art. 8º, do ADCT da CF, tendo o STF declarado que, após o escoamento do prazo fixado e na permanência da omissão, assistiria ao impetrante (e todos os demais em situação idêntica) o direito de, desde logo, ingressar com ação judicial contra a União para obter a reparação de natureza econômica constitucionalmente prometida, a ser arbitrada pelo juízo competente. No segundo, a norma que reclamava colmatagem era o art. 195, § 7º, da CF, que concede imunidade "de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei", tendo o STF assentado que, ultrapassado o prazo para a edição da legislação referida, caberia ao requerente, desde logo, gozar do benefício constitucionalmente outorgado. Veja-se,



a essas decisões natureza normativa, já que se trata de, em abstrato e genericamente, sob as condições nelas estipuladas, dispensar legislação exigida pela Constituição para a plenitude de eficácia de norma nela contida, legislação essa que deve dispor sobre elementos complementares à hipótese de incidência ou à prescrição normativa, delimitando por completo o direito apenas potencialmente outorgado. Assim, curiosamente, o Supremo Tribunal Federal, que, em um primeiro momento, restringira ao extremo os efeitos das decisões concessivas de mandados de injunção, posteriormente admitiu, ainda que em situações específicas, atuação bastante próxima à de um autêntico "legislador positivo".

A par dos efeitos sublinhados que, em algumas hipóteses específicas, se atribuíram às decisões de procedência de mandado de injunção, e da circunstância de que este instituto, de utilização mais restrita, opera no âmbito do controle difuso da omissão inconstitucional, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade, de cabimento mais amplo, enseja controle concentrado, de resto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vinha equiparando os dois instrumentos de combate à inércia no cumprimento da Constituição. E o fez equivocadamente, como, por ampla maioria, proclamou a doutrina. José Afonso da Silva bem resume as críticas dirigidas ao entendimento pretoriano, apontando, inicialmente, que não faz sentido a duplicidade de instrumentos dotados de baixa efetividade<sup>924</sup>. De outra parte, configurou-se o mandado de injunção como autêntica ação direta de inconstitucionalidade por omissão com legitimação drasticamente ampliada, o que contraria a sistemática do controle principal brasileiro e a própria intenção do Constituinte, que diversas vezes "negou ao cidadão legitimidade

também, Roberto A. C. Pfeiffer, *Mandado de injunção*, cit., p. 88-91. A atribuição de eficácia plena e aplicabilidade imediata às sobreditas disposições constitucionais, evidentemente, foi feita a título precário, até que sobrevenham os atos legislativos que o próprio Constituinte entendeu necessários para a completa regulação da matéria. Contudo, ressaltou-se no MI 283-5/DF que, prolatada a sentença condenatória, a superveniência de lei não impediria o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, no que lhe fosse mais favorável [cf. comentário de Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 107].

924 Sobre esse ponto, manifestou-se agudamente Luís Roberto Barroso, em *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990, p. 179: "Assim, de acordo com a interpretação da mais alta Corte, existem dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional da parte."

para a ação de inconstitucionalidade"<sup>925</sup>. Ademais, não se apercebeu o Tribunal de que o mandado de injunção, embora, em geral, se defronte com situações de omissão inconstitucional, não pressupõe a constatação desta para ser deferido, bastando a ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos constitucionais (fundamentais, para nós), o que já aponta para a necessidade de tratamento diverso do emprestado à ação direta por inconstitucionalidade omissiva, no que tange aos efeitos das decisões de procedência.

A nosso ver, o inciso LXXI do art. 5º autoriza a emissão de provimento jurisdicional que muito se aproxima da decisão por equidade, a que se refere o art. 127 do Código de Processo Civil. O Constituinte pretendeu que os direitos fundamentais, sempre que possível, pudessem ser imediatamente exercidos. Desse modo, nas situações em que esses direitos foram consagrados em norma de eficácia limitada, colocou-se à disposição dos respectivos titulares uma medida judicial que autoriza a formulação, em concreto, da disciplina normativa faltante, mas isso nos lindes da função jurisdicional típica, isto é, para permitir a efetiva fruição do direito prometido. A cláusula do juridicamente possível condiciona, é certo, a concessão do *mandamus*. Assim, não se nos afigura cabível o mandado de injunção para o gozo de direito contemplado em norma programática, pela simples razão de que esta não reclama, para a sua plenitude de eficácia, somente suprimentos normativos, mas muitas outras providências no plano da ação estatal, envolvendo o planejamento, a disponibilização de recursos financeiros e, principalmente, uma atividade material de criação das condições que permitam a fruição da situação de vantagem<sup>926</sup> e <sup>927</sup>. Portanto, nas situações de omissão inconstitucional, o mandado de injunção, na vertente exegética a que aderimos, propiciaria um controle difuso, incidental e com eficácia meramente *inter partes*, tipificador de um contencioso de índole

925 José A. da Silva, *Curso*, cit., p. 451.

926 A propósito dessa dimensão das normas programáticas, veja-se Jorge Miranda, *Manual*, cit., t. 2, p. 248.

927 Desse teor as ponderações de Calmon de Passos, transcritas pelo Min. Moreira Alves, no voto condutor proferido na QO no MI 107-3/DF (*Mandado de segurança coletiva, mandado de injunção, "habereis data": Constituição e processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 112-3): "Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela [...]". No mesmo sentido, Clémerson M. Clève, *A fiscalização abstrata*, cit., p. 259.

concreta e subjetiva, sem prejuízo de a aguardada legislação disciplinadora de seu procedimento poder vir a estabelecer a eficácia *erga omnes* das decisões de procedência, com o que, ao menos em relação ao mesmo sujeito passivo, estaria assegurada a uniformidade de critérios normativos e homogeneada a economia processual.

Poder-se-ia objetar que, restrita a tutela por injunção ao campo dos direitos fundamentais, seria episódica a utilização do instrumento. Afinal, a quase totalidade dos direitos individuais e coletivos, dos direitos políticos e dos direitos concernentes à nacionalidade são veiculados por normas de eficácia plena, sendo certo que a maior parte dos direitos sociais ou são objeto de normas dessa natureza ou de normas programáticas<sup>928</sup>. Importa lembrar, contudo, que se trata de exercício incommum da jurisdição constitucional, envolvendo o estabelecimento de critérios normativos *ex novo* pelo órgão de controle, mesmo que nos limites do caso concreto e transitoriamente, no aguarde das providências do legislador competente. Ademais, estar-se-ia dotando o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais de tipicidade e importância correlatas às que já emprestou o próprio Constituinte, em matéria de aplicabilidade e rigidez das respectivas normas-matriz<sup>929</sup>. Por último, há que considerar os direitos fundamentais em uma perspectiva dinâmica, que não exclui o surgimento de novos direitos, ou a constitucionalização de outros tantos<sup>930</sup>, por meio de normas preceptivas, de eficácia limitada.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 721-7/DF, ocorrido em 30 de agosto de 2007, registrou-se a preconizada evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a propósito dos efeitos das decisões que julgam procedentes tais ações mandamentais, encaminhando-se a Corte para a vertente exegética por nós propugnada. De fato, naquela oportunidade, assegurou o STF a servidora pública federal, com exercício de função em condições insalubres, o direito à aposentadoria especial prevista no § 4º, do art. 40, da Constituição Federal, cuja aquisição fora condicionada à edição de lei complementar, formulando, precária e supletivamente, norma para o caso concreto, extraída do disposto no art. 57 da Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991 [Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social].

<sup>928</sup> Há, contudo, alguns direitos sociais sediados em normas de eficácia limitada, de caráter preceptivo, como, por exemplo, as dos incs. I, XI, XXI, XXIII, do art. 7º, da CF.

<sup>929</sup> Vejam-se os arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF.

<sup>930</sup> Basta lembrar o disposto no § 2º, do art. 5º, da CF.

A ementa do acórdão do MI 721-7 é expressiva da guinada jurisprudencial, ao anotar que a carga de declaração não é objeto da impetração de mandado de injunção, "mas premissa da ordem a ser formalizada". De outra parte, o Ministro-relator, Marco Aurélio, coerentemente com o entendimento que sempre abraçara, posto que vencido, fez consignar na ementa do julgado traço claramente indicativo da orientação de que se cuidava de controle incidental, concreto e de efeitos *inter partes*:

"MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada."<sup>931</sup>

Sobreveio, contudo, o julgamento dos Mandados de Injunção n. 670/ES, 708/DF e 712/PA, menos de dois meses após a decisão do MI 721/DF, a demonstrar que a Corte Suprema ainda trabalha na complementação pretoriana da modelagem do instituto. Na condição de relator dos MIs 670/ES e 708/DF, o Ministro Gilmar Mendes retomou a orientação tradicional da Corte, que qualificava o controle da omissão inconstitucional via injunção como principal (conquanto difuso), abstrato, objetivo e de efeitos gerais ou *erga omnes*, porém, desta feita, "sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa", aceitando-se "a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário"<sup>932</sup>. Destarte, reconheceu-se aos servidores públicos em geral o direito de greve, contemplado em norma constitucional de eficácia limitada [art. 37, VII, da CF], a ser exercido nos termos e limites da Lei Federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989, que regula o instituto no setor privado. É de observar, no entanto, que três dos integrantes do STF, incluindo o relator do MI 721, foram parcialmente vencidos no julgamento dos MIs 670, 708 e 712, por limitarem os efeitos normativos da decisão ao caso concreto, concedendo a ordem em benefício, unicamente, dos servidores compreendidos nas categorias representadas pelos sindicatos impetrantes. Por todo o histórico, não se descartam novas inflexões da jurisprudência de nossa mais alta Corte nessa matéria, muito embora não se vislumbre um caminho na direção da restrição do objeto da tutela por mandado de injunção aos direitos fundamentais, vinculando as normas do art. 5º, LXXI e § 1º, da Constituição, como de rigor.

<sup>931</sup> MI 721-7/DF, j. 30-8-2007; DJ, 30-11-2007.

<sup>932</sup> Os acórdãos dos MI n. 670, 708 e 712, julgados em 25-10-2007, ainda não foram publicados, razão pela qual as referências foram extraídas do *Informativo do STF*.



### 37 Enfim, a panaceia: a arguição de descumprimento de preceito fundamental

O art. 102 da Constituição de 5 de outubro de 1988 continha um parágrafo único, convertido em § 1º pela Emenda n. 3/93, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de "arguição de descumprimento de preceito fundamental" dela constante. Sabe-se que a imprecisão semântica é uma das notas características da linguagem constitucional, porém não se pode admitir a inserção na Lei Maior de dispositivos cuja anemia de significado comprometa a sua funcionalidade e, por consequência, a própria supremacia da Constituição<sup>93</sup>. No caso, se a intenção do Constituinte, louvável, diga-se de passagem, era a de instituir um instrumento processual adicional para assegurar o cumprimento da Carta Magna, no tocante às disposições que compõem a sua espinha dorsal ("preceitos fundamentais"), cabia-lhe formatá-lo, desde logo, indicando, claramente, as hipóteses em que poderia ser manejado e quais os efeitos que produziria. Da norma agasalhada da arguição pouco se podia extrair, a não ser que se tratava de um instrumento de provocação de tutela jurisdicional, em face do potencial ou efetivo descumprimento de preceito fundamental, porquanto inserida em dispositivo que cuida das competências jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal. Quanto ao mais, caberia ao legislador infraconstitucional delinear o novel instituto, tarefa essa, de resto, explicitada pelo próprio Constituinte, ao estabelecer que a arguição operaria "na forma da lei", indicação inequívoca de que se tratava de norma de eficácia limitada e de aplicabilidade, portanto, apenas indireta e mediata<sup>94</sup>. E, assim,

<sup>93</sup> Em crítica à baixa densidade denotativa com que foi vazado o dispositivo instituidor da arguição, anotamos, no trabalho intitulado *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delimitação do instituto, in Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, org. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothemburg, cit., p. 110: "Todavia, a baixa densidade do significado de base da norma constitucional não pode chegar ao ponto de comprometer a sua funcionalidade. Em outras palavras, a precisão maior ou menor das disposições constitucionais varia em função do papel que desempenham no sistema de normas fundamentais. Assim, o fato de as normas programáticas serem denotativamente anêmicas não compromete o que delas se espera; ao contrário, tais normas, por disporerem para o futuro, jamais poderiam se utilizar de linguagem significativamente densa. Já no plano das garantias de direitos, a excessiva vagueza e ambiguidade da norma constitui pecado mortal, à medida que a eficácia tutelar é afetada pela imprecisão semântica."

<sup>94</sup> Norma de eficácia limitada de natureza preceptiva, pois dependente apenas de complementação normativa para incidir plenamente. Entre as categorias de normas de eficácia limitada preceptivas, pode ser alinhada ao lado das normas incompletas, que, para

efetivamente entendeu o Supremo Tribunal Federal<sup>95</sup>, razão pela qual, até o advento da Lei Federal n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, o instrumento permaneceu inerte, sem nenhuma possibilidade de utilização.

É evidente que o legislador ordinário não dispunha de um "cheque em branco" que pudesse preencher a seu talante, delimitando o instituto da arguição como bem entendesse, visto que, além das parcas indicações do próprio dispositivo-matriz, haveria que observar todos os demais princípios e regras da Constituição, especialmente aqueles concernentes ao sistema de controle de constitucionalidade e à disciplina da função jurisdicional. Uma das possibilidades mais promissoras que perante ele se descortinava era a de atribuir ao instrumento processual uma conformação que o aproximasse do recurso constitucional do direito alemão<sup>96</sup>. A edição da aguardada legislação regulamentadora do § 1º, do art. 102, da Carta de 1988, todavia, frustrou, de modo geral, as expectativas da doutrina, sobrelevando uma disciplina normativa lacunosa e repleta de ambiguidades<sup>97</sup> que, ao contrário do alvitrado, "desperta interesse maior no âmbito dos Poderes Executivos dos Estados e da União do que nos domínios da cidadania"<sup>98</sup>. E, pior ainda, a indistarcável pretensão de suprir lacunas de sistema de controle, introduzindo-lhe, outrossim, certas modificações, suscitou inúmeros questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei n. 9.882/99,

Manoel G. Ferreira Filho, *Curso*, cit., p. 12-3, são "aquelas que não são suficientemente definidas, seja quanto à hipótese, seja quanto à disposição; por exemplo, normas que criam institutos processuais mas não esclarecem qual o procedimento aplicável". Ou pode ser considerada norma de princípio institutivo, na classificação proposta por José Afonso da Silva, *Aplicabilidade*, cit., p. 116: "São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei."

<sup>95</sup> Cf. Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 216, com a menção de julgado do STF na nota 3.

<sup>96</sup> Era o que sugeria José Afonso da Silva, em seu *Curso*, cit., p. 559-60. É certo que, atuando em nível infraconstitucional, não se poderia dotar a arguição da mesma amplitude da *verfassungsbewehrde*, que, em uma de suas variantes de uso, opera como autêntica ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto atos formais e materialmente legislativos ofensivos a direitos fundamentais (veja-se o item 11, *retro*).

<sup>97</sup> Consigna, a esse propósito, Luís Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 217: "Há razoável consenso doutrinário de que a Lei n. 9.882/99 não apenas deixou de explicitar de forma clara o sentido e alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental (...) como, ademais, ainda criou algumas perplexidades adicionais."

<sup>98</sup> De nosso artigo *Arguição de descumprimento (...) na coletânea Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99*, cit., p. 126.

culminando com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.231-8/DF, em que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer a declaração da inconstitucionalidade total do ato legislativo integrador<sup>939</sup>. Conforme relata Luís Roberto Barroso, "em razão da pendência dessa ação, o Supremo Tribunal Federal vem suspendendo o julgamento de diversas ADPFs, sem prejuízo da concessão de medida liminar em algumas hipóteses"<sup>940</sup>, tendo concluído o julgamento de mérito de apenas uma arguição<sup>941</sup>, até o final de 2007.

As construções doutrinárias sobre o resultado da modelagem legislativa da arguição de descumprimento de preceito fundamental foram bastante diversificadas, em razão mesmo das apontadas deficiências do texto normativo<sup>942</sup>. Dentro dos propósitos da presente investigação, descabe fazer a resenha desses posicionamentos<sup>943</sup>, mas apenas avaliar, genericamente, as possibilidades de uso do instrumento, máxime no âmbito do controle de constitucionalidade dos atos e omissões legislativas. Até porque se revela prematuro o avanço em qualquer direção, antes que o Supremo Tribunal Federal decida, ao menos em instância cautelar, sobre a constitucionalidade de da Lei n. 9.882/99.

Nos termos do que dispõe o diploma legal de regência (art. 1.º, *caput*), a medida judicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto (mediato) ato do Poder Público<sup>944</sup>, expressão essa abrangente

de ato de qualquer natureza. No tocante aos atos administrativos, que criam, modificam ou extinguem direitos, operando, pois, no plano concreto, ou até mesmo em relação aos atos da Administração de índole material, desde que observados os demais pressupostos de cabimento, não há restrição alguma a que sobre eles recaiam os efeitos do acolhimento da arguição. Em relação aos atos jurisdicionais, o mesmo pode ser dito, com a ressalva de que não se nos afigura viável a propositura da medida em face de decisão judicial transitada em julgado<sup>945</sup>. Finalmente, quanto aos atos legislativos, pelas razões que veremos a seguir, somente poderão constituir objeto de arguição se, despidos das notas da abstração e da generalidade, tipificarem autêntico ato administrativo.

Há que confrontar os atos do Poder Público com preceito fundamental "decorrente" da Constituição, ou simplesmente "da" Constituição, como seria mais próprio dizer. Essa a causa remota de pedir, que deverá ser identificada com maior precisão pela jurisprudência, tão logo superada a questão de constitucionalidade concernente à disciplina legislativa do instituto. Sabe-se, de pronto, que não é toda norma constitucional que, uma vez descumprida, autoriza o uso da arguição, estando o instrumento voltado à tutela de preceitos fundamentais. Cuida-se, porém, à evidência, de conceito amplo e indeterminado, cuja destrição pode ser sugerida pela doutrina, porém sem jamais atingir o nível de segurança que somente a prática do instituto permitirá<sup>946</sup>.

939 O mérito da ADI está longe de ser apreciado, pois apenas foi dado início ao julgamento do pedido de medida liminar, registrando-se o voto do então relator, Min. Néri da Silveira, que deferia parcialmente o requerido, para excluir da aplicação do par. único, do art. 1.º, da Lei n. 9.882/99 "controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo" e para suspender a execução do § 3.º, do art. 5.º, da lei impugnada. Na ocasião (5-12-2001), pediu vista o Min. Sepúlveda Pertence, que ainda retém os autos.

940 *O controle*, cit., p. 219.

941 Trata-se da ADPF 33-5/PA, julgada em 7-12-2005, tendo sido publicado o respectivo acórdão no DJ, de 27-10-2006.

942 Uma das mais completas é a contida na monografia alcinhada de *Tratado da arguição de preceito fundamental* [Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99], de André Ramos Távares, São Paulo, Saraiva, 2001, 483 p.

943 Pode-se ter uma boa ideia desse material doutrinário na obra de coletânea *Arguição de descumprimento*, cit., organizada por André R. Távares e outro, anteriormente citada.

944 A Constituição não exclui a possibilidade de o instrumento ter em mira atos de particulares, conquanto não nos pareça inconstitucional a restrição. Os atos praticados sob regime publicístico, por pessoas privadas agindo mediante delegação do Poder Público, tal qual sucede no mandato de segurança, também podem ensejar a interposição da arguição. Nesse sentido, posiciona-se Luís Roberto Barroso, *O controle*, cit., p. 234.

945 O § 3.º, do art. 5.º, da Lei n. 9.882/99 impede a concessão de liminar em arguição quando isso implicar a suspensão dos efeitos de decisão judicial transitada em julgado.

Ora, a arguição tendo por objeto atos jurisdicionais assume sempre, em nosso entender, natureza incidental, exigindo-se como pressuposto de cabimento "a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado" (art. 3.º, V, da LF n. 9.882/99). E, se a violação da norma fundamental se afigura controversa, não se deve admitir a desconstituição do julgado por meio de arguição, do mesmo modo que não se admitiria mediante ação rescisória, nos termos da Súmula n. 343 do STF, malgrado a jurisprudência da Corte venha flexibilizando o entendimento sumulado em matéria constitucional, porém sob ampla crítica doutrinária [veja-se o item 35, *retro*]. Destarte, a restrição do art. 5.º, § 3.º, da Lei n. 9.882/99 impõe-se também no que concerne à decisão de mérito, descabendo a ADPF em face de decisões judiciais transitadas em julgado.

946 Na coletânea *Arguição de descumprimento*, cit., p. 124, apontamos como preceitos fundamentais cujo descumprimento autoriza a propositura da medida os denominados "princípios fundamentais", do Título I, da CF; as normas-princípio do § 4.º do art. 60 e as que constituem seu desdobramento; e, finalmente, os princípios constitucionais sensíveis, arrolados no inc. VII, do art. 34, da Lei Maior.



O *caput*, do art. 1º, da Lei n. 9.882/99 estabelece, expressamente, que a arguição pode ser utilizada com finalidade preventiva ou reparatória (repressiva), o que projeta decisões de mérito de natureza meramente declaratória (e.g., da nulidade de um ato administrativo) ou, mais frequentemente, mandamentais (especialmente no uso preventivo do remédio). Não resta dúvida, de outra parte, que se trata de processo que se desenvolve de modo objetivo, tendo como escopo único a tutela da ordem constitucional, ainda que, indiretamente, pretensões subjetivas venham a ser por seu intermédio resguardadas<sup>947</sup>. Daí a configuração da legitimação para agir sem nenhuma relação de pertinência com as situações subjetivas afetadas pela agressão à Lei Maior, podendo propor a arguição "os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade" (art. 2º, I, da LF n. 9.882/99). Também é corolário da natureza objetiva do instrumento a produção de coisa julgada *erga omnes* pelas decisões de procedência (art. 10, § 3º), que também são "vinculantes"<sup>948</sup> para os demais órgãos do Poder Público.

No art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99 estipulou-se um requisito de ordem geral, para toda e qualquer arguição de descumprimento de preceito fundamental: a subsidiariedade. Assim é que não será a ação admitida "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". Apesar da clareza da disposição, registram-se esforços doutrinários no sentido de converter o instituto em autêntica "panaceia" jurídica, manipulável toda vez que se estiver diante de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, independentemente da existência de outros instrumentos jurídicos aptos a, com igual eficácia, enfrentar o problema<sup>949</sup>. Afirma-se,

947 O perfil objetivo da ADPF, que, de toda sorte, já defluiria do disposto no 10, *caput*, da LF n. 9.882/99, que não prevê, após o decreto de procedência da ação, a adoção de alguma medida que tenha caráter satisfativo de pretensões subjetivas, fazendo-se a mera "comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados", acentuou-se ainda mais com o veto presidencial ao inc. II, do art. 2º, do Projeto de Lei n. 177/99, que atribuía legitimação para a arguição a "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público".

948 Reportamo-nos às considerações feitas no item 34, *retro*.

949 Sem embargo das elevadas intenções e da indiscutível seriedade científica desses autores, parece-nos que são "vítimas" de tendência atávica ao pensamento jurídico brasileiro: o formalismo abstrato. Investe-se tanta energia na lapidação de um instituto, no aprimoramento técnico de suas formas, que se torna ele um fim em si mesmo. O que importa é ampliar-lhe o campo de incidência, ainda que isso produza efeitos desestruturantes, por força de duplicidades e antinomias, com relação ao sistema de proteção previamente existente; ainda que se sufoque a instância máxima do Poder Judiciário, inviabilizando a consecução dos próprios fins almejados com o pretensão alargamento da tutela

destarte, que "a arguição é cabível sempre, absolutamente sempre, que houver violação de preceito constitucional fundamental", aduzindo-se, em complemento, que "o instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Lei Maior não oferece qualquer indicio para que se possa interpretar dessa maneira a posição do instituto no sistema"<sup>950</sup>. Como não se pode negar a existência do § 1º, do art. 4º, da Lei n. 9.882/99, busca-se salvar-lhe a constitucionalidade mediante interpretação harmonizadora, para sentenciar que "a interpretação válida da Lei só pode ser encontrada no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da arguição *também* em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada"<sup>951</sup>. Ora, se o Constituinte opta pela mera criação de um instituto, sem conferir-lhe contornos precisos, e remete ao legislador a tarefa de fazê-lo, há que reconhecer a este ampla liberdade de conformação da matéria, desde que não incida em inconstitucionalidade. Logo, a expressão "na forma da lei", no caso do § 1º, do art. 102, da Constituição da República, não pode ser interpretada como autorizadora da emissão de normas apenas sobre o procedimento da arguição, pois os próprios elementos caracterizadores do processo (legitimidade ativa e passiva, objeto imediato e imediato, efeitos da decisão etc.) por ela desencadeado não foram suficientemente descritos pela Carta Magna. Assim sendo, o § 1º, do art. 4º, da Lei n. 9.882/99, a par de não admitir a interpretação conforme preconizada, pela ultrapassagem dos limites dessa modalidade exegética, em nada se contrapõe à Constituição. Todavia, não é a simples existência de outros meios processuais de enfrentamento da lesão potencial ou efetiva a preceito constitucional que afasta o cabimento da arguição e sim a existência de outros instrumentos *igualmente eficazes* na realização do objetivo de proteção à ordem constitucional. Desse modo, a eficácia *erga omnes* das decisões de procedência da ação pode desempenhar um papel decisivo na avaliação do requisito da subsidiariedade<sup>952</sup>.

das prescrições fundamentais da Constituição (o que é algo amplíssimo, mormente em uma Constituição analítica, como a brasileira). Em suma, amplia-se a eficácia jurídica de um instituto constitucional à custa da eficácia social da própria Constituição.

950 André Ramos Tavares, *Tratado da arguição*, cit., p. 233 e 237.

951 André R. Tavares, *Tratado*, cit., p. 242.

952 Nesse sentido já se manifestou o STF, em decisão unânime de seu Plenário, ao ensejar da confirmação do deferimento da medida cautelar na ADPF 33-5/PA (DJU, 6-8-2004), tendo a ementa do julgado, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, destacado o seguinte: "Cláu-

A primeira e mais evidente utilização da arguição que a legislação conformadora do instituto admite é a que a situa como ação autônoma, isto é, desvinculada da existência de processos judiciais em que aflore a questão constitucional. No plano do controle da constitucionalidade de leis e atos normativos, podem-se vislumbrar situações em que um ato concreto de Administração<sup>953</sup>, fundado em lei inconstitucional, mostre-se ofensivo a norma fundamental da Constituição, o que daria azo a fiscalização de constitucionalidade incidental e com eficácia somente para o caso *sub judice*<sup>954</sup>. Porém, certamente não foi essa a utilidade da arguição, enquanto instrumento de controle, vislumbrada pelo legislador ordinário, até porque a não atribuição da legitimação para agir às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão pelo ato do Poder Público diminuiu muito a possibilidade de materialização da hipótese. O que se pretendeu foi suprir aquilo que era entendido como deficiência ou lacuna<sup>955</sup> de nosso sistema. Nesse sentido, estabeleceu o parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n. 9.882/99 que caberia, também, a arguição quando fosse "relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". Ao contrário de boa parte da doutrina, que associa o *caput* do referido dispositivo legal à arguição autônoma e o seu parágrafo único a outra modalidade, intitulada, em geral, de incidental<sup>956</sup>, entendemos que as duas categorias de uso da arguição estão radicadas no art. 1.º da Lei n. 9.882/99, consideradas, para ambas, a regra geral (*caput*) e o seu complemento (parágrafo único).

sula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar lesão a preceito fundamental."

953 Seja ele um ato administrativo propriamente dito ou um ato material da Administração. Para uma descrição completa das modalidades de atos da Administração, consulte-se Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, 14. ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 182-3.

954 Não há contradição com a eficácia *erga omnes* da decisão, pois essa expressa o limite subjetivo da coisa julgada, que se atrela apenas à sua parte dispositiva, ao passo que a declaração de inconstitucionalidade, no caso, diz respeito à fundamentação do julgado.

955 O termo aqui é empregado no sentido da ausência de instrumental adequado, mas pressupondo a vontade do Constituinte nesse sentido. Logo, não há lacuna normativa, que demande integração pelo aplicador, ou mesmo lacuna técnica ou de legislação, a ser colmatada mediante a edição de ato legislativo.

956 Essa é a proposta exegética formulada, entre outros, por André R. Tavares, in *Tratado da arguição*, cit., p. 293.

Mediante a arguição autônoma, por conseguinte, ter-se-ia logrado obter, em primeiro lugar, um meio de provocar a fiscalização abstrata das leis e atos normativos municipais, tendo como parâmetro a Constituição Federal, visto que a análise sistemática das normas que estruturam o nosso sistema de controle de constitucionalidade, com o aval do Supremo Tribunal Federal<sup>957</sup>, aponta, nessa hipótese, para uma fiscalização meramente incidental, com eficácia restrita ao caso concreto. Sucede, entretanto, que o controle em via principal, tendo por objeto atos legislativos e atos da Administração de caráter normativo, como já salientado, não é insito à atividade jurisdicional, exigindo previsão constitucional inequívoca<sup>958</sup>. Portanto, não se nos afigura lícita a interpretação de que, embora na disciplina dos instrumentos de controle abstrato de normas tenha o Constituinte rejeitado o controle, por essa via, de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, se pode extrair uma permissão indireta ao legislador ordinário para contornar o óbice, ao menos no tocante ao descumprimento de preceitos fundamentais, da missão que lhe foi conferida, em termos vagos e pouco significativos, pelo § 1.º, do art. 102, da Carta Magna<sup>959</sup>.

O parágrafo único, do art. 1.º, da Lei n. 9.882/99 permite entrever ainda outra hipótese em que a arguição autônoma teria por objeto ato normativo, qual seja aquela em que a lesão a preceito fundamental seria proveniente de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anterior

957 Veja-se o item 32, *retro*.

958 Tal entendimento é pacífico na jurisprudência do STF. Vale transcrever trecho de um dos acórdãos mais expressivos em relação a esse ponto, na esteira do voto do Ministro-relator, Moreira Alves: "Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido - como sucede no Brasil - ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), insito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os poderes devem guardar obediência. (...) Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como conectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos poderes do Estado." (RE 109.098 - RDA 172:66-7.)

959 Adota idêntica orientação Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, cit., p. 645-6. Em sentido contrário manifesta-se Luís Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 236, nota de rodapé. 48.



à Constituição. Desse modo, outra insuficiência do controle principal brasileiro estaria equacionada, porquanto o Supremo Tribunal Federal não admite a fiscalização abstrata do direito pré-constitucional, sob o argumento de que, ou essas normas foram recepcionadas pela Constituição, ou foram por ela revogadas, não dando ensejo, pois, à avaliação de sua constitucionalidade, no sentido próprio. Esta pressupõe normas pós-constitucionais, que são examinadas sob o prisma da validade, isto é, de sua adequação a um parâmetro normativo superior, que lhe é necessariamente prévio. A incompatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Constituição se resolveria, destarte, no plano da eficácia, com base no princípio de que *lex posterior derogat priori*, somente podendo ser examinada no âmbito da jurisdição ordinária, incidentalmente<sup>960</sup>. O direito infraconstitucional anterior à Constituição vigente poderia, é certo, ter a sua validade verificada em face de Constituições pretéritas. Todavia, nessa hipótese haveria sim controle de constitucionalidade, mas apenas na via incidental, com a eficácia restrita que lhe é própria, já que o Supremo Tribunal, em jurisprudência remansosa, entende que a ação direta de inconstitucionalidade não se presta à tutela de Constituições revogadas<sup>961</sup>. Os atos legislativos e norma-

960 A matéria se prestou a alguma controvérsia no âmbito do STF, logo após a entrada em vigor da Constituição de 88, tendo sido assentado, entretanto, por ampla maioria, o entendimento de que refoge ao controle abstrato de normas o fenômeno da chamada inconstitucionalidade superveniente, na esteira do voto proferido pelo Min. Paulo Brossard, na condição de relator da ADI 2-1/600 (DJ, 12-2-1992). Na ADI 521-9 (DJ, 24-4-1992), o eminente Ministro e constitucionalista ratificou esse ponto de vista, conduzindo a Corte na decisão de não conhecimento da ação: "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 sobrevida 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 cingentenasária."

961 Em acórdão proferido na Rp. 1.016, nos idos de 1979 (RTJ 95:999), assentava o STF, pelo voto do relator, Min. Moreira Alves, que o controle em via principal "não se destina à tutela de 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 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 Constituição atual, e, portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela é também incompatível". Em face disso, "para a defesa de relações jurí-

tivos em geral, de todas as esferas da federação, editados anteriormente à entrada em vigor da Constituição, desde que colidentes com algum de seus preceitos fundamentais e desde que "relevante o fundamento da controvérsia constitucional", estariam, assim, sujeitos a controle abstrato por meio de arguição autônoma. O mesmo se poderia dizer, aliás, das leis e atos normativos que se revelem lesivos a preceito fundamental, mas que, antes de serem declarados inconstitucionais com efeitos *erga omnes*, são revogados por ato de igual hierarquia. Durante muitos anos o Pretório Excelso reputou irrelevante essa circunstância para efeito do cabimento do controle principal, porém acabou consolidando-se a orientação no sentido oposto, do que decorre o não conhecimento de ação direta direcionada a lei anteriormente revogada ou a perda de objeto, se a revogação ocorre posteriormente à propositura<sup>962</sup>. De toda sorte, impõe-se a conclusão de que também nas situações de leis e atos normativos revogados, quer pela Constituição, quer por atos supervenientes de igual nível hierárquico, não há como postular, mediante ação de arguição, a abstrata declaração de sua inconstitucionalidade, em face de colidência com preceito fundamental da Carta em vigor. Tais hipóteses, que restaram situadas à margem do controle principal estruturado pelo Constituinte, somente poderiam ser por ele abarcadas mediante expressa e inequívoca disposição constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes sustenta a possibilidade de uso da arguição autônoma para postular a declaração de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais<sup>963</sup>, o que não é viável por meio da ação declaratória prevista no art. 102, I, a, *in fine*, da Constituição. De igual modo, não se nos afigura autorizada pela Constituição essa utilização do instrumento: primeiramente, pelas razões expostas, de que o controle abstrato demanda permissivo constitucional explícito; em segundo lugar, porque, se o pedido é o de que se declare a constitucionalidade do ato normativo local, não se trata, à evidência, de arguir o descumprimento de preceito fundamental<sup>964</sup>.

dicas 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".

962 Cf. Antônio Joaquim Ferreira Custódio, *Constituição Federal Interpretada pelo STF*, cit., p. 157-8.

963 Veja-se o artigo Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, na obra de coletânea intitulada *Arguição de descumprimento*, cit., p. 143.

964 Veja-se o item 33, *retro*.

Finalmente, cogita-se da propositura de arguição tendo por objeto a omissão normativa. Argumenta-se que, admitido esse manejo do instrumento, estar-se-ia abrindo um novo caminho para o enfrentamento da problemática da omissão parcial, absoluta ou relativa, em que, como vimos no item anterior, não se afigura possível ou desejável a declaração de inconstitucionalidade da legislação que parcialmente atende à Constituição, restando como única solução a declaração de omissão parcial do órgão, e a autoridade responsável por sua edição. O novel instituto gozaria de eficácia maior do que a ação direta de inconstitucionalidade omissiva, porquanto o efeito vinculante atribuído às decisões de procedência da arguição, ao contrário do que sucede com suas aparições na Constituição Federal (art. 102, § 2º) e na Lei n. 9.868/99 (art. 28, par. único), teria sido claramente associado à motivação do decisório, permitindo, destarte, que o órgão de controle fixasse "as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental"<sup>965</sup>, o que importaria, *in casu*, no estabelecimento de diretrizes, de atendimento obrigatório, para que o legislador ou o administrador remisso fosse compelido à eliminação da inconstitucionalidade<sup>966</sup>. É certo que, mediante interpretação extensiva, seria lícito compreender na expressão "ato do Poder Público" também os comportamentos omissivos. No entanto, a objeção, precedentemente suscitada, da inviabilidade de converter a ação em foco em instrumento de fiscalização de constitucionalidade em tese de atos ou omissões estatais impede o desenvolvimento, igualmente, dessa variante de uso do instituto. A eficácia vinculativa outorgada, sem maior detalhamento, às decisões que acolhem arguição, agregando algo à coisa julgada contra todos, não permite que a se identifique exceção aos limites objetivos da coisa julgada, que a legislação processual comum restringe ao dispositivo da sentença, conforme já foi discutido no item 34. E, quanto à cláusula final do *caput* do art. 10 da Lei n. 9.882/99, deve ser associada a outra modalidade de uso da arguição,

965 Cf. o art. 10, *caput* e § 3º, da LF n. 9.882/99.

966 No artigo Arguição de descumprimento de preceito fundamental, já referido, *in Arguição de descumprimento*, cit., p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, que fez parte da comissão que elaborou o anteprojeto de lei que redundou na Lei n. 9.882/99, formula conjectura nesse sentido: "O art. 10 da Lei n. 9.882, ao estatuir que o Supremo fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual, mas justamente por fornecer suporte técnico-legal em subsídio ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão."

que vem sendo denominada incidental pela doutrina, não se prestando a obter pela via transversa da legislação infraconstitucional aquilo que nem o Constituinte ousou estatuir: a vinculação do legislador à motivação de decisões em sede de controle abstrato de normas ou de omissões normativas<sup>967</sup>.

Destarte, uma segunda via de utilização da arguição é precisamente aquela em que, mantendo a natureza jurídica de ação, funciona ela como algo similar a um incidente processual, pois tem como finalidade evitar que decisões judiciais violem preceitos fundamentais, servindo como um sucedâneo recursal na hipótese de já haver sido prolatada a sentença ou acórdão, com a restrição, já mencionada, de que não são admitidos efeitos cassatórios em relação a decisões já transitadas em julgado<sup>968</sup>. Ainda que não se deva fundar no parágrafo único, do art. 1º, da Lei n. 9.882/99 essa outra modalidade de uso da arguição, já que o dispositivo, deixando de lado a questão de sua constitucionalidade, também incide a propósito da arguição

967 A matéria poderia ter sido enfrentada pelo STF na ADPF n. 4-DF. Em um primeiro momento, por apertada maioria (voto de desempate), decidiu o Supremo conhecer da ação, em que se apontava insuficiência de medida provisória (n. 2.019/2000), estipuladora do valor do salário-mínimo, diante das exigências do art. 7º, IV, da CF, sob o argumento de que "a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não era eficaz para sanar a lesividade". Luís R. Barroso, *O controle*, cit., p. 242. Todavia, acabou o Pretório Excelso julgando prejudicada a ação, pelo fato de que, além de haver sido a medida provisória objeto de impugnação convertida na Lei n. 9.971/2000, posteriormente, inúmeros atos legislativos foram editados fixando o valor do salário-mínimo: *DJ*, 22-9-2006.

968 Há quem critique o uso do termo "incidental", para identificar essa modalidade de arguição, pois estaria a sugerir que é ela "suscitada no âmbito de um processo, por uma das partes por terceiro com legitimidade para intervir ou de ofício pelo órgão judicial", o que, certamente, não é o caso. Cf. Luís R. Barroso, *O controle*, cit., p. 220, nota 14. Trata-se-ia, assim, na verdade, de uma arguição "paralela", já que se desenvolve paralelamente "a um processo qualquer já instaurado", surgindo "em função deste" (cf. André R. Távares, *Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei, in Arguição de descumprimento*, cit., p. 62). Todavia, as ações judiciais "paralelas", nesse caso, são aquelas meramente invocadas para "a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado" (art. 3º, V, da LF n. 9.882/99), na medida em que se sustenta que, "diferentemente do que se passa com a arguição autônoma, que pode envolver quaisquer atos do Poder Público - normativos, administrativos e jurisdicionais -, na incidental somente se poderá ter em conta atos de cunho normativo" (cf. Luís R. Barroso, ob. cit., p. 229). Não é essa, porém, a nossa visão da arguição incidental, parecendo-nos que, ao contrário, jamais poderia ter como objeto atos normativos em tese, versando apenas sobre atos jurisdicionais, precisamente as sentenças ou acórdãos a serem proferidos ou já proferidos nos processos subjacentes.



autônoma<sup>969</sup>, não há que duvidar da existência da via incidental da arguição, considerando-se que pode ter por objeto ato jurisdicional, sendo certo, por outro lado, que o § 1.º, do art. 6.º, do reportado diploma legal confere ao relator o poder de determinar, se necessário, a oitiva das partes "nos processos que ensejaram a arguição".

Mais uma vez, descurando-se dos limites que cercavam a atuação do legislador ordinário na execução da tarefa que lhe cometeu o § 1.º, do art. 102, da Carta Magna, dividiu-se, doutrinariamente, a possibilidade de a arguição vir a ser manejada como sucedâneo de um incidente de inconstitucionalidade, em que, previamente à decisão de casos concretos, se declararia a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de lei ou ato normativo com eficácia *erga omnes*<sup>970</sup>, efeito esse que a declaração incidental, mesmo se de autoria do Supremo Tribunal Federal, não logra obter. Se misso consistisse a arguição dita incidental, não se perceberia muito bem qual a diferença entre ela e arguição autônoma que tivesse como objeto lei ou ato normativo<sup>971</sup>. Contudo, a nossa discordância no tocante à construção

969 Daria ensejo a uma forma especial de arguição autônoma, tendo por objeto ato legislativo ou normativo federal, estadual ou municipal, em que, ao contrário das formas comuns, se acrescentaria um requisito específico de cabimento, consistente na existência de controvérsia judicial relevante sobre a validade desses atos.

970 Invoque-se, entre muitas outras, em face de sua expressividade, a manifestação de Daniel Sarmento, no artigo Aparentamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, in *Arguição de descumprimento*, cit., p. 87: "Já a arguição incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparramados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5.º, § 3.º, e o 6.º, § 1.º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao preceito fundamental. Se o Supremo conhecer da arguição incidental, ele não vai julgar a causa, como acontecia no instituto da Avocatória, de triste memória. Irá tão somente manifestar-se sobre a questão constitucional, resolvendo-a, sem decidir o caso concreto, à semelhança do que já ocorre no incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, característico do controle difuso, e que se encontra regulado nos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil."

971 Luís Roberto Barroso, in *O controle*, cit., p. 228, pressentiu a armadilha conceitual, ao constatar: "Não sendo suscetível pelas partes do processo ou por qualquer pessoa leuada ou ameaçada por ato do Poder Público, a legitimação para essa arguição recai sobre as mesmas pessoas e órgãos que podem propor a arguição autônoma. Como regra, dificilmente optarão elas pela via incidental, que é mais complexa e tem objeto mais limitado." É de observar, em acréscimo, que a concessão de medida liminar pelo STF, determinando que "juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental" (art. 5.º, § 3.º, da LF n. 9.882/99), também pode ocorrer na via autônoma.

da arguição dita incidental nesses termos prende-se, novamente, a razões de ordem constitucional, porquanto a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes*, que pressupõe, exige expressa acolhida no texto da Lei Maior, direta ou indiretamente, pois pode ser inferida de instrumento de controle principal<sup>972</sup>. A arguição incidental, por conseguinte, destina-se a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato jurisdicional, desde que ainda não transitado em julgado. Se tomarmos como referência sentenças de mérito, sob o prisma preventivo, ensina a arguição decidida do Supremo Tribunal Federal, com eficácia geral e vinculante, que fixe "as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental" (art. 10, *caput*, da Lei n. 9.882/99); ou seja, o Supremo emitirá decisão de cunho mandamental, determinando às instâncias de base que julguem as causas perante elas pendentes em consonância com a orientação dele emanada no que tange à interpretação e aplicação do preceito fundamental ameaçado de ser violado (ameaça de violação essa extraída da relevante controvérsia judicial existente - art. 3.º, V, da Lei n. 9.882/99). Sob o prisma repressivo, a decisão em arguição incidental acarreta a cassação dos decisórios discrepantes já prolatados, sendo substituídos, no que pertence à questão constitucional, pelo acórdão do Supremo, prosseguindo-se no julgamento dos feitos pendentes, considerada a premissa a que estão vinculadas as instâncias de base. Note-se que os atos jurisdicionais questionados por meio da arguição incidental devem revelar-se diretamente lesivos (efetiva ou potencialmente) de preceitos fundamentais, o que afasta o cabimento desse instrumental nas situações em que a ofensa perpetrada por aqueles é indireta, consistindo na aplicação de lei ou ato normativo censurado por contrariedade à Constituição. Em outros termos, sustentamos que a arguição incidental consiste em um instrumento mais ágil e abrangente de adequação da interpretação judicial aos ditames dos preceitos fundamentais da Constituição<sup>973</sup>. A essa

972 Isso vale, outrossim, para o controle incidental propriamente dito, se importar na resolução da questão constitucional com eficácia *erga omnes*. Afinal, não há diferença significativa, em termos de impacto institucional, entre essa hipótese e o controle em tese da constitucionalidade de leis e atos normativos.

973 Acerca dessa hipótese de cabimento da ADPF, pontificou Gilmar F. Mendes, no citado trabalho constante da obra *Arguição de descumprimento*, cit., p. 143: "Pode ocorrer uma lesão a preceito fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário, essa situação apresenta-se

altura, vê-se facilitada a tarefa de interpretação da parte final do *caput*, do art. 10, da Lei n. 9.882/99: a exegese que o Supremo Tribunal Federal faça de preceito fundamental jamais se torna de observância obrigatória para todos, por força de decisão de arguição, em qualquer de suas modalidades; tanto no caso de arguição autônoma como no de arguição incidental, tais considerações integrarão a motivação do julgado, e, em consonância com os princípios gerais de processo, o que faz coisa julgada é o efeito da decisão de procedência, que, na hipótese da via incidental, consiste no mandamento emitido para que a jurisdição ordinária proceda em conformidade com as diretrizes constitucionais fixadas (cumulado com a cassação das decisões discrepantes, se já anteriormente proferidas).

De todo o exposto, conclui-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerada a conformação do instituto em nível constitucional e infraconstitucional, está predestinada a desempenhar um papel muito modesto no âmbito do sistema brasileiro de fiscalização dos atos e omissões legislativas. Não obstante tenha o legislador ordinário pretendido, por seu intermédio, estender o campo de abrangência do controle abstrato de normas, o objetivo revelou-se inalcançável, na medida em que exigiria manifestação do Poder Constituinte de revisão. Ademais, independentemente da apreciação, positiva ou negativa, que se faça do instituto, tal qual modelado em lei, os seus efeitos práticos estão obstados, até que seja julgada a ADI 2.231-8<sup>974</sup>, muito embora na solitária decisão de

como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, c). Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1.º, da Lei n. 9.882/99, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento - lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público -, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso. Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da arguição de descumprimento para se evitar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1.º da Lei n. 9.882/99."

974 A nosso juízo, além do seu art. 11, que incide no mesmo vício que apontamos, no item 35, para o art. 27 da Lei n. 9.868/99, afigura-se nos inconstitucional o par. único, do art. 1.º, da Lei n. 9.882/99, que não pode ser sequer parcialmente preservado, no tocante a alguma variante exegética, diferentemente do que havíamos preconizado no artigo Arguição de descumprimento (...), in *Arguição de descumprimento*, cit., p. 121-2. O STF, entretanto, fez uso do dispositivo no julgamento de mérito da ADI 33, em que se declarou não recepcionado em face da Constituição de 1988 dispositivo do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP, aprovado pelo Decreto Estadual n. 4.307/86.

mérito da ADI 33-5/PA tenha o STF firmado o entendimento de que a "existência de ADI contra a Lei n. 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal".



## CAPÍTULO III

### Análise prospectiva do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

#### SEÇÃO I

#### *Controle concentrado: tendência e conveniência*

SUMÁRIO: 38. A correlação entre os sistemas estadunidense e europeu de controle e a democracia liberal e social, respectivamente. 39. A opção da Constituição de 1988 pela democracia social. 40. Disfunções do sistema brasileiro de controle atual. 41. A sùmula vinculante: uma falsa solução. 42. A adoção do modelo europeu de controle e seu impacto no sistema jurídico nacional. 43. O controle concentrado no plano estadual. 44. Esboço de uma disciplina para a arguição incidental. 45. A reconfiguração do recurso extraordinário e a eliminação da ADPF. 46. Inconveniência e desnecessidade da ação direta de constitucionalidade. 47. A denominada "ação direta interventiva" e sua peculiar evolução. 48. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: manutenção, modificação ou supressão? 49. Mandado de injunção: réquiem doutrinário ou revivificação no controle concentrado?

### **38 A correlação entre os sistemas estadunidense e europeu de controle e a democracia liberal e social, respectivamente**

A doutrina nacional e estrangeira não estabelece, conscientemente e com a nitidez necessária, uma correlação entre os sistemas-padrão de fiscalização e os modelos de democracia, que a experiência histórica desse sistema político permite divisar, fruto do processo de otimização dos valores liberdade e igualdade<sup>975</sup>.

<sup>975</sup> Dalmo de Abreu Dallari, no capítulo derradeiro de sua *Teoria Geral do Estado*, cit., p. 303 e s., discute a busca incessante das concepções democráticas por um ajuste harmonizador entre liberdade e igualdade.

O sistema estadunidense, por ser difuso, incidental e propiciador de decisões com efeitos *inter partes*, atua sob os princípios da jurisdição comum, em que a determinação da lei aplicável ao caso concreto pressupõe a resolução de eventuais conflitos horizontais (em razão da sucessão no tempo ou da especialização de matéria) ou verticais (em face da Constituição) entre os atos normativos cuja possível aplicação se examina. Portanto, para que seja deflagrado é imprescindível que, previamente, exista um litígio envolvendo direitos subjetivos ou interesses legítimos, não se controlando a constitucionalidade de leis e atos normativos com o objetivo de mera preservação da ordem jurídica e da supremacia da Constituição e sim com a finalidade de identificar o critério normativo hábil à solução de conflito intersubjetivo. A consequência inarredável é a de que ficam imunes à verificação de constitucionalidade todos os atos ou disposições normativas que não se mostrem hábeis a alicerçar pretensões subjetivas. Essa importante deficiência do modelo estadunidense tem sido constatada pela doutrina<sup>976</sup>, que, entretanto, não se dá conta de que a lógica do controle efetuado em concreto, incidentalmente, é a do Estado liberal-democrático, preocupado com a contenção do poder estatal, em benefício da autonomia de indivíduos e entidades privadas. Não é, assim, vista como preocupante a circunstância de que importantes segmentos da Constituição<sup>977</sup> restam, de fato, desprotegidos diante de certas agressões por atos normativos subalternos, já que as normas constitucionais que consagram liberdades públicas ou estabelecem limites ao poder de tributar estarão suficientemente resguardadas mediante provocação dos prejudicados por legislação que as viole. Em última análise, o que importa é impedir que o legislador infraconstitucional, agindo em desacordo com a Constituição, produza agravo à esfera subjetiva dos particulares, mormente se isso importar em restrição às liberdades individuais, ao direito de propriedade e seus desdobramentos e à igualdade perante a lei (discriminações ilegítimas).

As Constituições social-democráticas, como é sabido, não descuram da função garantidora herdada do constitucionalismo liberal, porém enriquecem a teoria dos direitos fundamentais com a preocupação de tornar efetiva a fruição das liberdades públicas por parte de todos, o que explica o

976 Veja-se o item 32, retro.

977 Por exemplo, os princípios e regras disciplinadores do processo legislativo ou da repartição de competências entre as entidades federadas, malgrado, eventualmente, possam constituir parâmetro de verificação de constitucionalidade, na via difuso-incidental, desde que o objeto sejam leis que regulem relações intersubjetivas.

advento dos direitos econômicos e sociais, de índole eminentemente prescricional, a exigir do Estado profunda reformulação em seu modo de atuar. Em seqüência ao Estado mantenedor da ordem, mere observador da dinâmica social, gerado pela liberal-democracia, vimos surgir o Estado do bem-estar social, intervencionista por natureza<sup>978</sup>, que, inconformado com o *statu quo*, procura transformar a sociedade, para que, obtido um mínimo de igualdade material, se potencialize a fruição da liberdade<sup>979</sup>. Se na vigência da democracia liberal o Legislativo produz um número reduzido de leis, a que se confere um papel delimitador do exercício de direitos naturais declarados na Constituição, cuja eternidade se reflete na estabilidade da legislação<sup>980</sup>, pode a fiscalização de constitucionalidade ocupar-se apenas dos desvios que as regras do processo legislativo não tenham conseguido evitar, fulminando leis editadas em detrimento dos direitos individuais e políticos e suas garantias, bem como dos princípios estruturais do Estado de Direito (legalidade, igualdade perante a lei e proteção jurisdicional). Não é assim, contudo, na democracia social, em a que lei passa a operar como instrumento de governo, e de um governo que se propõe a transformar a realidade socioeconômica. Os atos legislativos experimentam, pois, o dinamismo dos fatos que pretendem regular, modificando-se velozmente e

978 Paulo Bonavides, em conhecido trabalho, no qual descreveu a evolução do sistema político democrático das revoluções liberais no século XX, deixou patenteadado o caráter intervencionista do Estado social: "O Estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresce a dependência do indivíduo, pela impossibilidade em que este se acha, perante fatores alheios a sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas." *Do Estado liberal ao Estado social*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 228.

979 Jorge Miranda bem descreve o Estado social-democrático, contrapondo-o ao Estado liberal, em página que merece reprodução: "O primeiro desses tipos vem a ser o Estado social de direito ou modelo de organização constitucional que sucede ao Estado liberal (ou pode reconduzir-se a um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais. (...) Do que se trata é de articular *direitos, liberdades e garantias* (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com *direitos sociais* (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, econômico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa)." *Manual*, cit., t. 1, p. 95-6.

980 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 52-6.



sendo produzidos em quantidade cada vez maior. Em um Estado com essas características, não pode o sistema de controle de constitucionalidade descurar de leis e atos normativos que, mesmo sem interferência direta na esfera subjetiva de pessoas públicas ou privadas, desafiem a Constituição, porquanto é também fundamental para o êxito da missão estatal o triunfo da racionalidade da ação do Poder Público, expressa na observância das normas constitucionais sobre o processo legislativo, a distribuição funcional e territorial de competências, o planejamento e a execução orçamentário-financeira, as diretrizes das políticas sociais etc. O sistema europeu de controle, por ser bem mais inclusivo que o estadunidense no tocante à captação das situações de inconstitucionalidade legislativa, mostra-se perfeitamente adequado à social-democracia. Com efeito, a complexa combinação das técnicas do controle incidental e principal permite, de um lado, a verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos em abstrato, independentemente de repercussão no plano das relações jurídicas, e, de outro lado, que esta se complemente com as questões constitucionais oriundas de processos judiciais comuns, por meio do incidente de inconstitucionalidade, questões essas para as quais nem sempre os legitimados para o controle principal se sensibilizam<sup>981</sup>.

A propósito, é essa a razão<sup>982</sup> de sistemas de matriz estadunidense, como o brasileiro, insertos em Constituições social-democráticas, haverem introduzido o controle abstrato de normas, tornando-se mistos quanto ao aspecto modal.

A fiscalização de padrão americano sempre acarreta certa falta de uniformidade nas decisões de controle, na medida em que são provenientes de múltiplos órgãos judiciários, que decidem apenas com eficácia *inter partes*. E isso é verdadeiro ainda que, no ordenamento de origem e nos demais filiados ao *common law*, haja algum temperamento por força da regra do *stare decisis*, que importa na vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes ditados por tribunais superiores, inclusive no que concerne à motivação dos julgados, compreensiva da resolução de questões de constitucionalidade<sup>983</sup>. Com efeito, se o equacionamento da questão constituo-

981 Veja-se o item 32, *retro*, em que se relaciona essa menor sensibilidade do controle principal abstrato para as questões constitucionais com reflexos no plano concreto-subjetivo ao caráter restrito e objetivo que se empresta, nessa via, à configuração da legitimação para agir.

982 Ainda que o Constituinte de reforma dela não tivesse consciência.

983 Veja-se o item 17, *retro*.

nal não ultrapassar a primeira instância, não haverá a formação de precedente vinculativo, estando os demais juizes livres para decidi-la em sentido diverso. Ademais, mesmo que exista precedente obrigatório, por se cuidar da fundamentação de decisório, nem sempre se extrairá uma orientação clara e precisa acerca da matéria constitucional ou será ela percebida como fazendo parte da *ratio decidendi*.

Nos sistemas inspirados no modelo estadunidense, porém estruturados em ordenamentos de *civil law*, é perceptível o esforço para encontrar maneiras de superar o problema, em termos de isonomia e segurança jurídica, que as díspares avaliações de constitucionalidade de um mesmo ato legislativo acarretam, todavia com sucesso sempre relativo. Com efeito, no Brasil é o que se busca com as resoluções senatoriais, suspensivas da execução de lei declarada inconstitucional, ou com a coisa julgada *erga omnes*, que acompanha as decisões de procedência do controle em via principal. No primeiro caso, a atribuição de eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade pressupõe decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e avaliação favorável, de natureza discricionária, do Senado Federal, o que mostra que a maioria das decisões de controle, emergentes de todo o aparato judiciário, terá efeitos unicamente nos limites do caso concreto. De outra parte, nem todas as questões de constitucionalidade são dirimidas por meio de ações diretas<sup>984</sup>, que, enquanto não julgadas quanto ao mérito, não obstam a atuação da jurisdição ordinária sobre o mesmo tema.

Em um Estado que sobriamente legisla e em que a legislação é tida como algo importante, porém não essencial à obtenção do bem comum<sup>985</sup>, não se afigura problemática a falta de uniformidade da jurisprudência acerca da compatibilidade ou não de atos normativos à Constituição. No entanto, se a lei passa a ser vista como instrumento de governo<sup>986</sup> e o governar

984 Em geral, apenas as controvérsias com ampla ressonância social ou que digam respeito diretamente à atuação dos legitimados são por eles submetidas ao tribunal competente.

985 Daí a morosidade do processo legislativo clássico, que favorecia a discussão em detrimento da deliberação, na expectativa de que as leis produzidas, em obediência à necessidade de impor algumas restrições ao exercício da liberdade individual (algo, portanto, no limite, dispensável), contivessem prescrições inspiradas pela racionalidade. Cf. Manoel G. Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 73.

986 As consequências de a lei haver-se tornado imprescindível instrumento de governo são de todos conhecidas: a participação crescente do Poder Executivo ou do Governo (nos sistemas parlamentaristas) no processo legislativo e a adoção, neste último, de inúmeras técnicas de aceleração.

como algo decisivo para a plena consecução dos fins do Estado, é evidente que a situação se altera. Basta figurar a hipótese de contrariedade sobre a constitucionalidade de legislação disciplinadora de benefícios previdenciários, cuja fruição ou não, e, em caso positivo, nos limites autorizados pela jurisdição constitucional, pode interferir significativamente nas condições materiais de milhares de segurados. Ou a oscilação jurisprudencial acerca da legitimidade ou não de exações fiscais, uma vez fundadas em legislação de duvidosa constitucionalidade, com profundo impacto no planejamento tributário e no equilíbrio das contas públicas.

Outro liame que se pode perceber entre sistemas de controle de constitucionalidade e as expressões históricas da democracia reside no caráter técnico que a legislação assumiu por ocasião do advento do Estado intervencionista<sup>987</sup>. Ora, a especialização da jurisdição constitucional, propiciada pela concentração da competência de controle, como sucede no sistema europeu, sem dúvida alguma favorece o exame da legislação do Estado social-democrático, ao passo que, de modo oposto, a fiscalização difusa, entregue a juízes e tribunais ordinários, encontra grandes dificuldades para a adequada compreensão dos atos legislativos cuja constitucionalidade lhes incumbe perscrutar.

Porém, o elemento de análise decisivo, que nos permite afirmar a inadequação do sistema de padrão estadunidense à democracia social, está no mecanismo de sanção a ele associado. Como vimos no item 17, a difusão da competência de controle é indicativo seguro da cominação da sanção de nulidade para a lei ou ato normativo inconstitucional, razão pela qual as decisões judiciais pertinentes assumem natureza meramente declaratória, limitando-se a constatar a invalidade do ato legislativo viciado desde o seu nascedouro (*ab initio*). Bem por isso, nesse sistema de fiscalização não há espaço para a modulação dos efeitos da decisão do órgão de controle, que julgue procedente a arguição de inconstitucionalidade, porquanto a sanção de invalidade não é imposta em sede jurisdicional e sim pelo próprio ordenamento jurídico (*ope jure*), automaticamente, logo que convertido em lei o ato controlado<sup>988</sup>.

<sup>987</sup> Essa característica das chamadas leis de impulso se refletiu no deslocamento da iniciativa legislativa para o Poder Executivo ou na delegação legislativa em seu benefício, já que nele se concentram os agentes públicos detentores da *expertise* estatal, bem como no surgimento das comissões especializadas no âmbito do Parlamento (sobre esse último aspecto, veja-se Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, cit., p. 135-6).

<sup>988</sup> Consultem-se os itens 13, 21 e 35, *retro*.

A sanção de nulidade revela-se afinada com um sistema de controle em que a lei inconstitucional é vista como simples fator de perturbação da ordem jurídica preestabelecida, tida como plenamente satisfatória, em essência, das necessidades sociais. Por seu intermédio se impõe ao ato normativo contraventor invalidade congênita, tornando-o absolutamente incapaz de produzir efeitos. É, como observa Gilmar Ferreira Mendes, um instrumento concebido, "fundamentalmente, para superar a ilegitimidade de atos restritivos de direitos individuais"<sup>989</sup>. Nota-se na formulação da categoria sancionatória da nulidade a presença inequívoca do formalismo-abstrato, típico das concepções jurídicas liberais. Não se indaga, por exemplo, das repercussões sociais negativas que o reconhecimento da invalidade de lei aplicada, de fato, durante anos a fio pode acarretar, especialmente por aniquilar a confiança dos governados nos Poderes Públicos e por lhes inculcar forte sentimento de insegurança jurídica. É certo que tais consequências daninhas da nulidade legislativa podem ser atenuadas, sob o influxo de alguns princípios constitucionais, ao se preservarem determinadas situações jurídicas constituídas sob o suposto império da legislação viciada. Entretanto, nem sempre tais soluções, que de resto ficam na dependência de construções pretorianas, conseguem substituir, satisfatoriamente, a disciplina legal que ensejou complexa teia de relações intersubjetivas.

No momento em que o ato legislativo passa a ser considerado um elemento-chave para a construção de uma nova ordem e em que a interpretação das normas constitucionais não mais se conecta com uma realidade estática a ser conservada<sup>990</sup>, a sanção de nulidade se torna um instrumento limitado no âmbito do controle de constitucionalidade.

<sup>989</sup> *Jurisdição constitucional*, cit., p. 293.

<sup>990</sup> Os modernos métodos de interpretação constitucional, que vieram complementar aqueles da Hermenêutica tradicional, refletem a concepção de um Estado social de Direito, em que a exegese da Constituição se insere em um processo de contínua adaptação de seu sentido à realidade social cambiante, base factual cuja modificação é objetivo permanente da ação estatal. Assume grande relevância no processo interpretativo aquilo que Gomes Canotilho denomina setor ou domínio normativo, qual seja o referencial fáctico da norma constitucional interpretanda: "Da compreensão da norma constitucional como estrutura formada por duas componentes - o 'programa da norma' e o 'domínio da norma' - deriva o sentido de *normatividade constitucional*: normatividade não é uma 'qualidade' estática do texto da norma ou das normas mas o efeito global da norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o sector normativo." *Direito Constitucional*, cit., p. 1216.



Uma expressiva evidência disso pode ser encontrada na categoria doutrinária da "institucionalização progressiva", que pressupõe um enfoque dinâmico para o vício de inconstitucionalidade, de modo a admitir que, em face de alteração nas concepções jurídicas dominantes ou na situação fática subjacente à disciplina normativa, pode vir a se consolidar, lenta e paulatinamente, a incompatibilidade entre a legislação objeto de controle e a Constituição, na exata medida em que se vai modificando a interpretação do Texto Magno<sup>991</sup>. Ora, como é possível conciliar a invalidade *a priori*, imposta pelo próprio ordenamento em razão de um defeito congênito e insanável, com a ideia de que, por vezes, a lei nasce em harmonia com a Constituição para depois se tornar inconstitucional? Apenas a sanção de anulabilidade, característica do sistema europeu de controle, permite enfrentar a questão da constitucionalidade imperfeita ou da institucionalização progressiva<sup>992</sup>. Afinal, se a invalidação do ato legislativo contrário à Constituição não ocorre de pleno direito e sim a partir da decisão do órgão de controle, a quem se defere, correlatamente, o poder de modular os efeitos temporais da anulação, não há problema em admitir que a lei fiscalizada era constitucional em sua origem e assim ainda permanece, estando, entretanto, submetida a um processo contínuo de distanciamento em relação às prescrições normativas superiores (reinterpretadas). Estabelece-se, assim, um procedimento de controle em dois momentos: no primeiro deles, declara-se a lei válida, mas em via de se tornar inconstitucional, se não for adaptada pelo legislador às exigências que ora se extraem das normas paramétricas; no segundo momento, caso o legislador tenha permanecido inerte, será imposta a sanção de anulabilidade,

991 Para uma exposição acerca do uso dessa categoria conceitual na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, veja-se Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 231-4. Conforme assinalamos no item 21, há uma conexão entre o instituto da *verfassungswidrigwerden* (processo de institucionalização) e o da *appellentscheidung* ou apelo ao legislador, no sentido de que a Corte não se limita a afirmar que a legislação impugnada ainda é constitucional, rejeitando, portanto, a arguição de sua inconstitucionalidade, mas, também, costuma dirigir uma conclamação ao Poder Legislativo, visando à adoção das providências necessárias para evitar que a ofensa à Constituição venha a, no futuro, consumar-se.

992 É o que pressentiu Canotilho, ao declarar a figura "de duvidosa aceitação no direito constitucional português"; cf. *Direito Constitucional*, cit., p. 958. Não se esqueça que o sistema de fiscalização luso deve ser considerado uma variante do sistema estadunidense, conforme destacamos no item 22.

porém com efeitos retroativos à data fixada para servir de termo final do processo de institucionalização<sup>993</sup>.

De igual modo, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, desenvolvida especialmente no direito alemão<sup>994</sup>, atende a exigências próprias da democracia social, sendo totalmente estranha à fiscalização de padrão estadunidense, mesmo porque se afigura logicamente incompatível com o sistema sancionatório da nulidade<sup>995</sup>. Uma das aplicações que se descortina para a constatação do vício de inconstitucionalidade sem a usual aplicação de sanção reside, precisamente, na indispensabilidade da legislação ofensiva à Constituição, cuja supressão faria surgir uma situação ainda mais distante da normatividade constitucional<sup>996</sup>. Outra possibilidade de uso dessa peculiar decisão de controle está no enfrentamento da chamada omissão parcial relativa do legislador, questão

993 Uma alternativa ao controle em dois tempos, presente na jurisprudência da Corte Constitucional italiana (veja-se a nota 499), é a invalidação por inconstitucionalidade desde logo, porém com efeitos diferidos *pro futuro*, o que não parece ser a melhor solução para a espécie: primeiro, por envolver o órgão de controle em um prognóstico sobre o momento (futuro) em que se consumará a inconstitucionalidade e, segundo, por fazê-lo em detrimento da liberdade de conformação do legislador, que ainda poderia evitar a cristalização do vício. Em suma, não cabe à jurisdição constitucional anular, ainda que *pro futuro*, leis que ela própria reconhece como ainda constitucionais.

994 Veja-se o item 21, *retro*.

995 É o que também constatou Clémerson M. Clève, in *A fiscalização abstrata*, cit., p. 174, nota 193, *in verbis*: "É evidente que o direito brasileiro não admite em princípio, salvo a hipótese de ação direta interventiva, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade."

996 Acerca dessa hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, conforme a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, vale transcrever as observações de Gilmar Mendes, in *Jurisdição constitucional*, cit., p. 211: "Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas *lacunas jurídicas* ameaçadoras [...], que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias consequências, ensejando mesmo eventual caos jurídico. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada *inexequibilidade da decisão cassatória* [...]. A declaração de nulidade levaria a uma *minimização* [...], ao invés de levar a uma *otimização* [...] na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional." As situações de omissão parcial absoluta, em que se atende ao dever constitucional de legislar, porém de modo insuficiente ou incompleto, de conformidade com prática da Corte Constitucional germânica, podem comportar duas soluções: ou a declaração da inconstitucionalidade da legislação editada, sem a sua anulação, porquanto isto agravaria a ofensa à Constituição; ou a rejeição da inconstitucionalidade increpada e a formulação de um apelo ao legislador, para que complemente a legislação existente. Cf. Gilmar Mendes, *ob. cit.*, p. 209-10 e 235-7.

tipicamente relacionada ao advento do Estado social-democrático. Com efeito, na busca da igualdade de possibilidades, ou seja, das condições materiais mínimas que assegurem o exercício dos direitos constitucionais<sup>997</sup>, o Poder Legislativo, mesmo sem estar adstrito a um específico dever de legislar, emite normas de sentido promocional, que necessariamente partem da discriminação entre os diversos atores sociais. O critério dessas discriminações legais é, inúmeras vezes, posto em xeque em sede de fiscalização de constitucionalidade, sob o argumento de afronta ao princípio da isonomia, na medida em que teriam sido concedidas "vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em situação idêntica"<sup>998</sup>. A "exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade", se, sob o aspecto formal e pontual, elimina a afronta à Constituição, em uma visão mais abrangente e substancial do problema dificulta ainda mais a consecução dos objetivos constitucionais que comandam a intervenção legislativa. Destarte, não se mostrando viável a extensão dos benefícios ou vantagens aos excluídos mediante decisão (interpretativa) de nulidade parcial sem redução de texto, coloca-se a alternativa de reconhecer a inconstitucionalidade da legislação promocional, sem, entretanto, decretar a sua nulidade. A técnica em comento somente floresceu no âmbito do sistema europeu de controle, pela simples razão de que a sanção de anulabilidade, que o acompanha como traço típico, é imposta pela Corte Constitucional, a quem se costuma deferir amplos poderes para a dosagem de seus efeitos, o que redundou, no tocante ao sistema alemão, na situação-limite de se deixar de invalidar lei declaradamente inconstitucional. O mesmo caminho não se abre ao sistema modelar estadunidense exatamente pelas características da categoria de sanção de invalidade que adota, incidente de pleno direito e remontando ao nascimento do ato legislativo, sem nenhuma possibilidade de atenuação de seus efeitos radicais pelo órgão de controle.

A calibragem da eficácia temporal das decisões de controle, que somente a sanção de anulabilidade permite, constitui importante característica do sistema de fiscalização europeu, exatamente porque serve a múltiplas finalidades, todas afinadas com as exigências do Estado social de Direito. Assim, a invalidação irretroativa, vale dizer, com efeitos a partir da

997 Sobre o tema da igualdade de pontos de partida (ou de possibilidades) na teoria democrática, ver Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, cit., p. 309.

998 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 206.

publicação da decisão anulatória, permite resguardar, com amplitude máxima, as relações jurídicas estabelecidas sob o influxo da legislação discrepante da Lei Maior; já a anulação com efeitos retroativos restritos ou parciais pode ser utilizada na invalidação de legislação que, constitucional na origem, veio a se tornar inconstitucional; finalmente, pode-se anular a lei questionada com eficácia *pro futuro*, de modo a evitar um vazio na disciplina legislativa de determinada matéria, mormente diante de eventual inconveniência na eliminação da eficácia revogatória da lei impugnada, o que daria ensejo à restauração da vigência da legislação por ela revogada<sup>999</sup>.

De modo geral, pode-se dizer que a questão da omissão normativa inconstitucional é inteiramente estranha às Constituições liberais, voltadas à manutenção do presente e não à construção do futuro<sup>1000</sup>. O sistema-paradigma de controle de matriz estadunidense, também nesse aspecto, afeiçoou-se à liberal-democracia, apresentando maior dificuldade do que o sistema de matriz europeia para lidar com o fenômeno da inconstitucionalidade passiva ou negativa. Em virtude de não se admitir, salvo excepcionalmente<sup>1001</sup>, que os Tribunais Constitucionais emitam suprimentos normativos, cabe-lhes colaborar para a superação da situação inercial, mediante autêntico diálogo com o legislador remisso, algo que exige consciência acurada acerca da dimensão institucional do problema. Não resta dúvida de que a concentração da competência de controle e o desempenho da jurisdição constitucional de modo especializado, próprios do sistema europeu, favorecem a moldagem de magistrados preparados para essa nobre e complexa missão.

999 Cuida-se de fenômeno semelhante a uma repristinação. Na verdade, a repristinação propriamente dita ocorre por decisão do legislador, que opera apenas no plano da eficácia, estando, pois, sujeita às cláusulas constitucionais que, eventualmente, limitem a retroatividade das leis. Já a restauração de vigência por força de decisão anulatória da legislação revogada superveniente resulta de decisão no âmbito da jurisdição constitucional, decisão essa que colhe o efeito revocatório no plano da validade, razão pela qual pode implicar até mesmo a aplicação retroativa do diploma legal que teve a sua vigência restaurada.

1000 Apenas o constitucionalismo social-democrático pôde gerar o modelo da "Constituição-dirigente", isto é, repleta de normas programáticas, cuja implementação se tenta obter do legislador, mediante a institucionalização de mecanismos políticos e jurisdicionais aptos a lidar com a omissão legislativa. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Ed., 1994.

1001 É o caso do Brasil, em face do instituto do mandado de injunção, sob intensa polêmica doutrinária e jurisprudencial quanto às hipóteses de cabimento e aos efeitos da atividade extraordinária deferida aos tribunais superiores, conforme examinado no item 36.



De todo o exposto, a conclusão inexorável é a de que o sistema modelar estadunidense foi esculpido para atender às necessidades do constitucionalismo liberal-democrático, voltando-se, primordialmente, à tutela das disposições constitucionais que consagram os direitos de liberdade, no campo civil, político e econômico. Ocupa-se da preservação de uma liberdade pressuposta, sendo o legislador visto como um de seus potenciais agressores, por lhe haver sido confiada a delicada tarefa de estabelecer limites ao exercício das liberdades públicas. Associa-se ao presidencialismo, enquanto um sistema de governo que preconiza a separação rígida entre os Poderes, razão pela qual estrutura a fiscalização de constitucionalidade no âmbito da função jurisdicional ordinária. Tanto quanto o presidencialismo serve à causa da liberdade, mas, igualmente, tanto quanto este, não contribui para uma ação estatal mais eficiente. A combinação entre Constituição social-democrática e controle de constitucionalidade de matriz estadunidense é, evidentemente, possível, cuidando-se apenas de previsões normativas. No entanto, emergirá do funcionamento do sistema de controle, em face de suas características elementares, a sua inadequação para realizar a tutela da supremacia de Constituições com esse perfil, sem se descuidar da essencialidade e complexidade da tarefa que elas próprias cometem ao legislador.

Já o sistema de controle de matriz europeia, conquanto possa ser inserido em Constituições liberais ou social-democráticas, mostra-se muito mais adaptado a estas últimas, pois a flexibilidade e a sofisticação técnica do instrumental que utiliza se revelam desnecessárias diante dos problemas suscitados pela verificação de constitucionalidade de atos legislativos em um Estado liberal. Ao contrário, nota-se autêntica simbiose entre os instrumentos e técnicas da fiscalização de padrão europeu e as questões de constitucionalidade que a legislação de promoção da igualdade de oportunidades suscita. Ao se organizar o exercício da jurisdição constitucional de modo a destacar-lhe a tipicidade, de sorte que a sua expressão maior, o controle de constitucionalidade, venha a ser exercido por um tribunal especializado, em caráter monopolístico, está-se emprestando flexibilidade à separação dos Poderes, o que explica a associação, já destacada (no item 21), entre o sistema de governo parlamentarista e o modelo de fiscalização de inspiração kelseniana. Nos dois casos, atenua-se a independência entre os Poderes em homenagem à eficiência da ação estatal: se os governos parlamentaristas e suas maiorias de suporte contam com instrumentos políticos eficazes para executar plenamente os ambiciosos programas constitucionais, o controle da constitucionalidade de seu atuar normativo, mas também de sua omissão no legislar, corresponde à contrapartida indispensável.

### 39 A opção da Constituição de 1988 pela democracia social

As primeiras experiências concretas do sistema político democrático delinearão o modelo posteriormente alcinhado de democracia liberal. Embora os elementos essenciais para a sua caracterização como democrático<sup>1002</sup> estivessem presentes, eram eles configurados e ajustados uns em face dos outros de modo a privilegiar a fruição da liberdade-autonomia, algo que se entendia não depender da atuação do Estado. Aliás, ao contrário, era o Poder Público visto como a maior e, talvez, única ameaça que se antepunha à liberdade individual. Destarte, ao contrapor a racionalidade jurídica ao poder ilimitado e tradicional dos monarcas absolutistas, fez emergir a democracia liberal a noção de Estado de Direito, com seus princípios nucleares: legalidade; isonomia, que se associa ao primeiro postulado, por significar, nesse quadrante, igualdade perante a lei, impeditiva, sobretudo, das discriminações arbitrárias; e separação dos Poderes, que se conecta com os dois outros princípios por importar na existência de um Judiciário independente, a quem incumbe a preservação da ordem jurídica formalmente isonômica e dos direitos subjetivos que dela emanam<sup>1003</sup>. Contudo, a lei, consoante mencionado no item anterior, era vista como instrumento de proteção de uma liberdade pressuposta, delimitando-lhe o exercício para que todos pudessem dela fruir e, o mais das vezes, por meio da explicitação de normas que o costume já houvera consagrado<sup>1004</sup>. A isonomia era concebida sob uma ótica formal e meramente instrumental, em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que todos eram iguais para serem livres, valendo-se das franquias que a lei a todos assegurava, não se cogitando das possibilidades efetivas de cada qual no tocante ao uso

<sup>1002</sup> Da formulação clássica segundo a qual a democracia é o "governo do povo, para o povo e pelo povo" podem-se extrair os elementos-chave do sistema: Estado de Direito; exercício do poder em prol do bem comum, materializado pelo gozo dos direitos fundamentais da pessoa humana; e ampla participação política. Tratamos do tema na obra *Ação popular como instrumento de participação política*, cit., p. 15-29.

<sup>1003</sup> Acerca dos princípios do Estado de Direito, veja-se Manoel G. Ferreira Filho, *Estado de Direito e Constituição*, cit., p. 23-37, e, também, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 243-54.

<sup>1004</sup> Ao descrever o processo legislativo clássico, in *Do processo legislativo*, cit., p. 277, Ferreira Filho assinalou: "Os parlamentares, representantes da Nação mas escolhidos pelo povo, tinham assim em relação ao estabelecimento da lei um duplo papel. Por um lado, deviam ser testemunhas do direito em formação na sociedade mas, por outro, deveriam arbitrar entre as pretensões, para assegurar o predomínio do interesse geral." Daí a caracterização da lei na liberal-democracia como instrumento de arbitragem.