

REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 4 — N. 13 — OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1995



13

**CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
E FINANÇAS PÚBLICAS**

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

NELSON JOBIM

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

GILMAR FERREIRA MENDES

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

1. Introdução; 2. Propostas de Reforma da Constituição na Revisão de 1994; 2.1 Ação declaratória de constitucionalidade: legitimação do Governador de Estado ou do Distrito Federal — Art. 103, § 4.º; 2.2 Declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* — Art. 103, § 5.º da Constituição Federal; 2.3 Incidente de inconstitucionalidade — Art. 104, parágrafo único, da Constituição Federal; 2.4 Possibilidade de instituição do Incidente de Inconstitucionalidade na esfera estadual e distrital — Art. 125, § 3.º; 2.5 Representação para intervenção nos Estados. Competência do Supremo Tribunal Federal — Art. 36, III; 3. Conclusão; 4. Apêndice.

1. Introdução

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

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

Na parte final do estudo apresenta-se, em apêndice, a íntegra do Substitutivo

* O presente texto baseia-se quase na sua integralidade, em Parecer apresentado pelo Deputado Nelson Jobim como Relator da Revisão Constitucional (Parecer n.º 27, de 17.03.94).

apresentado pela Relatoria da Revisão Constitucional de 1994 sobre o Supremo Tribunal Federal (Parecer n.º 27).

2. Propostas de reforma da constituição na revisão de 1994

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

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

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

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

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

“Ação proposta pelo Governo Federal, por um Governo Estadual ou por um terço dos membros do Parlamento Federal, nos termos do art. 93, I, n.º 2, da Lei Fundamental, somente é admissível se um dos órgãos legitimados considerar que o direito federal ou direito estadual.

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

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

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

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

205 (217 s.); Cf. também BVerfGE 2, 143 (158)).

A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, reconhecendo a necessidade de se outorgar a determinados órgãos o poder de provocar o Supremo Tribunal Federal para declarar *não a inconstitucionalidade* da norma, mas sim a sua constitucionalidade, atribuiu o direito de propositura ao Presidente da República, às Mesas da Câmara e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República.

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

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

2.2 Declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* — Art. 103, § 5.º, da Constituição Federal

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

“Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão.”

A discussão sobre a atribuição de efeito retroativo ou não à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei está indissociavelmente vinculada ao debate sobre o desenvolvimento da

jurisdição constitucional iniciado no primeiro quartel deste século.

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

A propósito, afirmava Kelsen:

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

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

As idéias básicas de Kelsen foram positivadas na Constituição austríaca de 1920-29, que, na sua versão de 1975, dispõe que a decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma será

eficaz após a sua publicação, salvo se a Corte Constitucional fixar prazo diverso para sua entrada em vigor, que, de qualquer forma, não poderá ser superior a um ano (art. 140 s.) (*Die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für Ausserkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf ein Jahr nicht überschreiten*).

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

A Suprema Corte Americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

"No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o *Justice Cardozo* pela assertiva de que 'a cons-

tuição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. "A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: "Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões." (op. cit., p. 30).

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

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

A preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no

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

Quase simultaneamente esforçava-se *Walter Jellinek* para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2.º, da Constituição de Weimar, afirmando que o *Reichsgericht* somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia (*Walter Jellinek, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, Leipzig e Berlim, 3.ª ed., 1927, p. 27; Cf. também Wolfgang Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929, p. 38*).

Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o *Reichsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o prin-

cípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois “*teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral*” (Walter Jellinek, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, 1927, p. 27).

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

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

Assim, de uma perspectiva formal, o *apelo ao legislador* nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto *processo de inconstitucionalização*. A “*Appellentscheidung*” poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas “*situações imperfeitas*”, sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da

lei. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de *Appellentscheidungen*, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar conseqüências práticas danosas (*Rupp-v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, in *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, p. 355 (396).

Acentue-se que o “*apelo*” para que corrija uma “*situação ainda constitucional*” (“*non verfassungsmässige Rechtslage*”), antes de que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência. A manifestação do Bundesverfassungsgericht sobre o *processo de inconstitucionalização* há de ser considerada simples *obiter dictum* (Cf., a propósito, Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Munique, 1982, p. 397 s.; Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 125. Sobre a diferenciação entre “*ratio decidendi*” e “*obiter dictum*” (“*coisa dita de passagem*”, (acessoriamente) v. Paulo Rónai, “*Não Perca o Seu Latim*”, Rio de Janeiro, 1984), isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis; ver, também, Wilfried Schlüter, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, p. 77s.).

Não devem ser desconsideradas, porém, as conseqüências fáticas do *apelo ao legislador*. O peculiar significado que os órgãos estatais — e a opinião pública — atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional asseguram às “*Appellentscheidungen*” eficácia comparável a qualquer outra decisão de índole *mandamental* ou *cassatória* (Christine Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-

Baden, 1983, p. 52; Walter Krebs, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, Heidelberg, 1984, S.117).

Ao lado da declaração de nulidade, prevista o § 78, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, e do *apelo ao legislador*, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a *declaração de incompatibilidade* ou *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*. Desde 1970 prevê o § 31, 2.º e 3.º períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que o Tribunal poderá declarar a *constitucionalidade*, a *nulidade* ou a *inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade)* de uma lei.

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

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

não-aplicação pudesse resultar *vácuo jurídico* intolerável para a ordem constitucional.

São três, pelo menos, as conseqüências básicas da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade: 1) *dever de legislar*; 2) *suspensão de aplicação da lei inconstitucional*; 3) *eventual aplicação da lei inconstitucional*.

A obrigação de eliminar prontamente a situação inconstitucional configura, sem dúvida, a menos controvertida conseqüência da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* (Cf., BVerfGE 6, 257 (265 f.); BVerfGE 37, 217 (262); BVerfGE 51, 1, (28); BVerfGE 57, 361 (388)). Constitui tarefa do legislador empreender os esforços necessários para restabelecer o estado de constitucionalidade, seja pela colmatação de eventual lacuna, seja mediante a supressão da disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada.

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

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados “*casamentos mistos*” (BVerfGE 37, 217), tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um *vácuo legislativo*. O *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular,

motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente (BVerfGE 61, 319 (356)).

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

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

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

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

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

própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

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

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

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

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcadamente

influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, como reportado por Garcia de Enterría:

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

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

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

A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure et extunc* (RP n.º 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ n.º 87/758; RP n.º 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ n.º

95/993; RP n.º 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 101, 503).

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

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

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas (RE n.º 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ n.º 82/792). A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como *fato eficaz*, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configuras-

se uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.

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

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

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure*, até porque,

consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional (Rp. n.º 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ n.º 87/758; Rp. n.º 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ n.º 95/993; Rp. n.º 1.077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ n.º 101/503).

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

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

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

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

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

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

2.3 Incidente de inconstitucionalidade — Art. 104, parágrafo único, da Constituição Federal

Pareceu-nos acertado adotar-se o incidente de inconstitucionalidade, que

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

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

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

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

Sem dúvida, o incidente ensejaria a separação da questão para o seu jul-

gamento, não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas, diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Daí o inevitável simile com a técnica consagrada nos modelos de *controle concentrado de normas*, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (Cf., v.g., Constituição austríaca, art. 140; Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I e Lei orgânica da Corte Constitucional, §§ 13, n.º 11 e 80 ss.).

Todavia, as diferenças são evidentes.

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

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

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

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

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

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

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

Essa solução é superior, sem dúvida, à alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variegadas interpretações, essa solução

acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

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

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

É certo que a adoção desse instituto haveria de destacar, ainda mais, as peculiaridades que ornaram o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade como um *modelo misto*. Procura-se aqui, desde a adoção do controle abstrato de normas, em 1965, compatibilizar o *sistema difuso* com elementos típicos do controle concentrado de normas.

É preciso ter olhos para ver que, pelo menos, desde o advento da Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato de constitucionalidade, não se pode mais cogitar da existência de um típico modelo difuso de constitucionalidade entre nós. Daí ter Pontes de Miranda asseverado que *"a solução só accidental, de origem americana, foi a que quiseram impor ao Brasil, mas acabou sendo repelida"* (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1976, vol. 6, p. 44).

Como referido, a ampliação do rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103) conferiu ênfase ao processo de

controle abstrato de normas, permitindo a veiculação, nesta via, de praticamente todas as controvérsias constitucionais de relevo.

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

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

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

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

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

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

É de se assinalar, finalmente, que os contornos do instituto, em tal caso,

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

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

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

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

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

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

É possível que o constituinte tenha pretendido confiar ao Superior Tribunal

de Justiça todas as matérias pertinentes à legislação não-constitucional, tal como na distinção levada a efeito entre o recurso especial e o recurso extraordinário (CF 1988, arts. 102, III, e 105, III).

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

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

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

3. Conclusão

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

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

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

c) introduzir, na competência originária do Supremo Tribunal Federal, as ações populares, quando propostas contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do

Senado Federal ou de qualquer de seus membros, entre outras autoridades;

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

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

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

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

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

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

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

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

esferas federal, estadual ou municipal;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

u) conceder ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de atribuir, pelo voto de dois terços de seus membros,

eficácia *ex nunc* à decisão que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo;

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

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

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

4. Apêndice

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

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

após a expressão "habeas corpus", passando as alíneas a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 102. (...)

I — (...)

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

(...)

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

(...)"

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

"Art. 102 (...)

I — (...)

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

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

"Art. 102 (...)

I — (...)

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

(...)"

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

"Art. 102 (...)

I — (...)

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

(...)"

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

"Art. 102 (...)

I — (...)

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

(...)"

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

"Art. 102 (...)

III — (...)

a) contrariar dispositivo da Constituição

(...)

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

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

§ 1.º (...)

§ 2.º As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações referidas na alínea "a" do inciso I deste artigo, serão publicadas no Diário Oficial, produzirão eficácia

contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

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

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

(...)

Art. 105 (...)

III — (...)

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

(...)"

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

"Art. 103. (...)

IV — a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Distrital;

V — o Governador do Estado ou do Distrito Federal;

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

(...)

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

§ 2.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar

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

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

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

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

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

“Art. 104 O Supremo Tribunal Federal, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da

União, de Procurador-Geral de Justiça ou de Procurador-Geral ou Advogado-Geral de Estado, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, nestes incluídos os atos anteriores à Constituição, e houver perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas, poderá, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada.

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

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

“Art. 125 (...)

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

(...)”

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

“Art. 36 (...)

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

(...)”

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

Sala de Sessões, 1994.

A QUESTÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO INTERESTADUAL DE PETRÓLEO E OUTROS DERIVADOS

PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO

Juiz de Direito da 8.ª Vara da Fazenda Pública

1. A colocação de controvérsia — 2. A imunidade tributária como ser ontologicamente constitucional — 3. Existe uma “ratio” ou um valor subjacente à imunidade em exame? — 4. O problema da evasão fiscal — 5. Conclusão

1. A colocação de controvérsia

Matéria que tem provocado viva controvérsia, tanto na doutrina, como na jurisprudência, a questão da ocorrência de imunidade tributária, em relação às operações interestaduais de petróleo e outros derivados, está longe de alcançar o remanso necessário à segurança jurídica.

Essas anotações visam contribuir para o debate, sem nenhuma pretensão de se esgotar a matéria, cuja complexidade está a exigir, de um lado o concurso do rigorismo do espírito científico e de outro a abertura desse mesmo espírito para a análise, compreensão e eventual crítica às saudáveis opiniões em contrário.

2. A imunidade tributária como ser ontologicamente constitucional

Não se pode olvidar, no início da análise da tese jurídica em debate, a dicção do art. 155, § 2.º, X, “b” da Constituição Federal, que dispõe expressamente que o imposto previsto no inciso I, alínea “b” do mesmo dispositivo constitucional, não incidirá:

“Sobre operações que destinem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis, líquidos e gasosos e energia elétrica.”

A imperatividade do comando constitucional, ao grafar expressamente que o tributo não incidirá sobre essas operações referidas, no que praticamente no interessa aqui, na alínea “b”, inciso X, § 2.º, do art. 155, não permite tergiversações de que se trata de uma hipótese de imunidade tributária.

Define-se claramente a imunidade como vedação constitucional à competência tributária ou na conceituação de Amílcar Araújo Falcão, como uma “forma qualificada ou especial de não incidência por supressão, na Constituição, de competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo (cf. “Fato Gerador da Obrigação Tributária”, p. 117, 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais).

Sendo a imunidade tributária ontologicamente constitucional, a não-incidência assim estabelecida, independe, regra geral, de outros ditames para ser reconhecida.