

A AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE: INOVAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 3/93

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República. Mestre em Direito pela UnB.
Doutor em Direito pela Universidade da Münster-RFA.
Professor da Universidade de Brasília

1. Introdução — 2. Antecedentes históricos da Ação Declaratória — 3. Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional 3/93 — 4. Conclusão.

1. Introdução

1.1 Considerações Preliminares

No contexto da reforma constitucional-tributária de emergência patrocinada pelo Governo Federal foi introduzida no nosso ordenamento a chamada ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão definitiva, nos termos expressos da Constituição, há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (CF, art. 102, I, "a", e § 2.º).

Já a proposta de emenda relativa à ação declaratória provocara intensa polêmica. As associações de magistrados manifestaram o seu veemente protesto. Jurista de nomeada sustentaram a sua inocuidade, inconveniência e inconstitucionalidade.

A Ordem dos Advogados do Brasil reuniu grupo de juristas formado pelos Professores Geraldo Ataliba, Sérgio Sérulo, Souto Maior Borges, Eduardo Bottallo e Misabel Derzi para apreciar a proposta, tendo os referidos professores vislumbrado inúmeras inconstitucionalidades na proposta, como se pode

depreender do elenco de vícios apontados:¹

— o instituto estaria eivado de grave vício técnico e irreparável, porquanto não seria possível identificar o réu na referida ação, o que acabava por impedir a definição do universo dos "réus" da indigitada ação. Assim sendo, não haveria qualquer simetria entre a referida ação e a ação direta de inconstitucionalidade.²

— a referida ação teria características mais graves do que a avocatória, comprometeria a garantia do devido processo legal (CF, art. 5.º, LVI), os princípios da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento (5.º, LV) e afetaria severamente o direito de acesso do cidadão ao Judiciário, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5.º, XXXV). Seria, pois, evidente a inconstitucionalidade emenda em face do disposto no art. 60, § 4.º,

1. Cf. artigo intitulado "Juristas analisam emenda 3/93", publicado in: *O Advogado*, órgão oficial da OAB — secção do DF, junho de 1993, n. 100, pp. 13-14.

2. Opinião do Professor Souto Maior Borges, op. e loc. cit.

da Constituição, que veda abolição de direitos fundamentais;³

— a ação direta converteria o Judiciário em legislador, com ofensa à função que lhe seria inerente, isto é, a distribuição da Justiça no caso concreto. Lesado estaria, assim, o princípio da divisão de poderes. Ademais, verificarse-ia o bloqueio do acesso do cidadão ao Poder judiciário, prejudicando o princípio da universalidade da jurisdição. Ter-se-ia, ainda, a destruição do controle difuso;⁴

— ação declaratória comprometeria o órgão de cúpula com a elaboração legislativa, inibindo o Judiciário todo e, via de conseqüência, impediria os cidadãos de invocarem a proteção jurisdicional. Ao abolir o contraditório, a emenda criou um processo sem parte, sem duplo grau de jurisdição e sem recursos.⁵

Também o Professor Ives Gandra vem sustentando a inconstitucionalidade da ação declaratória por entender que, na sua atual conformação, ela acarreta ofensa ao princípio do devido processo legal e do contraditório.⁶

Consideremos mais detidamente as principais objeções suscitadas.

1.2 A ação declaratória como processo objetivo

De imediato, convém assinalar que a não identificação de um "réu" na ação declaratória não constitui qualquer atecnia ou aberração, como apontado por alguns dos pronunciamentos acima referidos. Em verdade, sabe-se com von

3. Opinião do Professor Eduardo Bottallo, op. e loc. cit.

4. Opinião da Professora Misabel Derzi, op. loc. cit.

5. Opinião do Professor Geraldo Ataliba, op. e loc. cit.

6. Ives Gandra, "Emenda viola direitos dos cidadãos", in *O Estado de São Paulo*, 1.6.93.

Gneist, desde 1879, que a idéia segundo a qual, como pressuposto de qualquer pronunciamento jurisdicional, devem existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos, assenta-se em uma petição de princípio civilista (*civilistische petitio principii*).⁷

Já no primeiro quartel deste século afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, 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.⁸ "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".⁹

7. von Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879, p. 271: "Wenn man dagegen sagt, Voraussetzung jeder Rechtsprechung sei, dass zwei "Subjecte" über den Umfang ihres Rechtskreises mit einander streiten, jede Rechtsprechung also nur zu denken als ein Schutz, "subjektiver Rechte": so ist dies eine civilistische petitio principii. Innerhalb des Strafrechts, wie innerhalb des öffentlichen Rechts überhaupt, giebt es auch formelle Parteirollen, die aus dem Interesse der Beteiligten formirt werden, nur ein rechtliches Gehör zu construiren, ohne dass damit ein Recht und Gegenrecht einander auf gleicher Linie gegenüber gestellt würden".

8. Heinrich Triepel, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *VVDStRL*, v. 5 (1929), p. 26.

9. Triepel, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *VVDStRL*, v. 5 (1929), p. 26.

Em tempos mais recentes, passou-se a reconhecer, expressamente, a natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas (*objektive Verfahren*).¹⁰ que não conhecem partes (*Verfahren ohne Beteiligte*) e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico.¹¹

A ação declaratória de constitucionalidade configura típico processo objetivo, destinado a elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo federal. Os eventuais requerentes atuam no interesse de preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio. Tem-se, aqui, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido.¹² Tal como na ação direta de inconstitucionalidade, os requerentes são titulares da ação de constitucionalidade apenas para o efeito de provocar, ou não, o Supremo Tribunal.¹³

Assim, a não identificação de “réus” ou partes contrárias na ação declaratória de constitucionalidade apenas demonstra que se cuida aqui de típico processo objetivo, tal como a antiga representação de inconstitucionalidade,¹⁴ e, mais recentemente, a ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵

10. BVerfGE 1, 14 (40); BVerfGE 2, 143 (156); Cf. também, Söhn, “Die abstrakte Normenkontrolle”, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, p. 304.

11. Cf., sobre o assunto, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, p. 249 s.

12. Cf., a propósito, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, p. 249 (259).

13. Cf., a propósito da antiga representação de inconstitucionalidade, AR 878-SP, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 94, p. 58.

14. Rp. 1.405, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 127, p. 394 s.

15. ADIN 79, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 12.9.89.

Obviamente, tal característica não impede que, ao fixar a disciplina processual do instituto, o legislador defina os pressupostos de admissibilidade da ação, autorize a audiência de determinados órgãos ou segmentos sociais e outorgue direito de manifestação a certos entes.

De lege ferenda, parece razoável, v.g., reconhecer o direito de manifestação dos entes ou órgãos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Ademais, seria razoável que se solicitassem informações aos órgãos judiciais e administrativos envolvidos na aplicação (ou desaplicação) da norma objeto da ação declaratória, permitindo, assim, uma avaliação segura sobre os fundamentos da controvérsia.

Registre-se, por amor à completude, que a Lei orgânica da Corte Constitucional alemã concede amplo direito de manifestação aos órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e, mesmo, do Poder Judiciário nos processos de controle de normas (controle abstrato, controle concreto, recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*).¹⁶

Mesmo as controvérsias de índole fática não impedem a Corte alemã de apreciar as questões que lhe são submetidas. Nesse sentido, consagra o § 26 (1) da Lei orgânica o princípio da livre investigação que autoriza o Tribunal a requerer todas as provas necessárias à formação de um juízo seguro sobre a questão constitucional.¹⁷ Com fundamento no § 26 (1), da Lei orgânica do Tribunal e no § 22, (4), do Regimento

16. §§ 77 e 82 n. 1, 3 e 4 da Lei orgânica da Corte Constitucional Federal.

17. Cf., sobre o assunto, dentre outros, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 146. Tal como observado por Franz Klein (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Kommentar zu § 26, n. 4), não se conferiu, inicialmente, maior importância a essa disposição, entendendo-se que a atividade

Interno do *Bundesverfassungsgericht*, procede-se à audiência de “*experts*” e de personalidades no processo de controle de normas.¹⁸

principal do Tribunal deveria centrar-se na solução de problemas constitucionais e estes não dependiam de questões de índole fática. Investigações empíricas demonstraram, porém, que as decisões do Tribunal eram muitas vezes determinadas pelo aspecto fático (*Tatsachenseite*). Por isso, investigação fática e interpretação normativa freqüentemente confundiam-se (*Thierfelder*, *Juristische Analysen*, 1970, p. 879 s., *apud* Klein, *op. cit.*, § 26, n. 4; Klaus Jürgen Phillippi, *Tatsachensfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1971). A questão revela-se tanto mais problemática, se se considera que a Corte Constitucional não se ocupa tão somente com a investigação de fatos já realizados, mas deve contemplar, na sua decisão, também a prognose sobre o desenvolvimento futuro. Assim, na decisão sobre a legitimidade da lei que disciplinava o aborto (*BVerfGE* 39, 1), viu-se o Tribunal compelido a examinar, com auxílio de especialistas, a adequação da chamada “solução de prazo” para a proteção do nascituro. Da mesma forma, nas decisões sobre medidas intervencionistas no âmbito econômico, faz-se mister proceder ao exame de sua proporcionalidade em relação aos perigos que se pretende evitar (*BVerfGE* 39, 210 (226)).

18. Manifestaram-se perante o *Bundesverfassungsgericht*, v.g.: a) Ministros federais, na controvérsia sobre a co-gestão (*BVerfGE* 50, 290 (18)), b) sindicatos, no tocante à tributação de proventos de funcionários públicos (*BVerfGE* 54, 11 (23)), c) o responsável por questões ambientais no âmbito da Igreja Evangélica a propósito do processo de autorização para funcionamento de Centrais Nucleares (*BVerfGE*, 53, 30 (44)); d) reitores de universidades, sobre a capacidade de formação das escolas superiores (*BVerfGE* 54, 173 (186)); e) Confederação de empregadores, sindicatos e a organização central do Governo Federal sobre questões trabalhistas, no tocante a prazo para despedida de empregado (*BVerfGE* 62, 256 (263)). V. também, Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, pp. 38-39.

Em verdade, a moderna doutrina constitucional defende abertamente não só a ampliação do direito de manifestação de diferentes órgãos ou entidades no processo de controle de normas, mas também a ampla investigação probatória, quando necessária, reconhecendo, assim, que “o círculo de interessados e de intérpretes do direito Constitucional é mais pluralista do que aquele de outras codificações (*Der Interessente - und Interpretationskreis des Verfassungsrechts ist pluralistischer als derjenige anderer Kodifikationen*).¹⁹

Ressalte-se, porém, que a falta de uma definição precisa, no plano constitucional, sobre o direito manifestação de diferentes órgãos na ação declaratória de constitucionalidade não se mostra hábil a macular a legitimidade do instituto, uma vez que se cuida de matéria que pode e deve ser regulada plena e satisfatoriamente pelo direito ordinário.

1.3 Da alegada ofensa aos princípios da proteção judiciária, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal

Também não parece digna de acolhimento a afirmação de que a ação declaratória de constitucionalidade lesaria os princípios constitucionais da proteção judiciária, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A alegação de que a instituição da ação declaratória de constitucionalidade seria lesiva do direito de proteção judiciária, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal parece conter grave contradição lógica. Se a ação declaratória de constitucionalidade, que, efetivamente, nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado,²⁰ for ofensiva a tais prin-

19. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 38.

20. Cf. *infra*, n. II, 1, “a” e “b”.

cípios, ter-se-á de reconhecer que as inconstitucionalidades apontadas haveriam de afetar, igualmente, a própria ação direta de inconstitucionalidade.

É que, declarada a constitucionalidade de uma norma pela Corte Suprema,²¹ no processo de ação direta de inconstitucionalidade, não poderão os juízes e tribunais dissentirem dessa decisão, sob pena de restar completamente vulnerado o papel de Guardião que a Constituição outorgou ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102).²²

É fácil de ver, outrossim, que a pretensão de submeter pleito individual de índole constitucional à apreciação de órgãos do Poder Judiciário, depois de a questão já ter sido decidida, com eficácia *erga omnes*, pelo órgão judicial supremo, erigido pela própria Constituição em seu guardião, afigura-se romântica, para dizer o mínimo.

De resto, tanto o sistema concentrado, como o modelo difuso de controle de constitucionalidade desenvolveram mecanismos destinados a dotar de eficácia vinculante as decisões definitivas das Cortes Constitucionais ou dos órgãos supremos dos Poderes Judiciário.

Nos modelos de controle de constitucionalidade “concentrado”, tal como a Áustria, a Alemanha, a Espanha e Portugal, não se deve esperar que os órgãos da jurisdição ordinária decidam contra a orientação firmada pelo Tribunal Constitucional.

Certamente, não se pode afirmar que, por isso, tais ordenamentos ofereçam garantias insuficientes aos direitos individuais.

21. Observe-se que, diversamente do que ocorre em alguns Tribunais, o Supremo Tribunal não se limita a declarar a carência de fundamento da questão constitucional, em caso de improcedência. Ao revés, a nossa Corte Suprema declara, expressamente, a constitucionalidade da norma (RISTF, art. 173, *caput*).

22. Cf., sobre o assunto, *infra* n. III, 4.

De resto, o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores não é estranho ao sistema difuso.

Tome-se como exemplo o modelo americano. Ali existe o instituto do *stare decisis*, que vincula os órgãos judiciais inferiores à jurisprudência das Cortes superiores, mormente à orientação da *Supreme Court*.²³ Embora existam os recursos do *overruling*²⁴ e do *distinguishing*,²⁵ é certo que ninguém infirma, em regra, a autoridade vinculante da decisão da Corte Suprema.

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

Finalmente, deve-se observar que, ao contrário do que se afirma, a possibilidade de que determinada controvérsia constitucional seja decidida, desde logo, pelo órgão que a Constituição erigiu como seu guardião haveria de ser vista como reforço da garantia de observância dos direitos individuais pelo Judiciário e pela Administração, em geral. É que

23. Cf. Nelson de Sousa Sampaio, “O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário”, in: *RDP* n. 75 (1985), p. 5 (11; Ver, também, Karl Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Vereinigten Staaten*, 1959, p. 425).

24. *Overruling* é a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação (Cf., sobre o assunto, Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.ª ed., Berlim, 1976, p. 246; Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Vereinigten Staaten*, p. 426).

25. *Distinguishing* é a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não aplicação do precedente a determinado caso (Cf., sobre o assunto, Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 246; Loewenstein, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Vereinigten Staaten*, p. 426).

reconhecida determinada situação jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, na ação declaratória, estarão juízes, tribunais e órgãos administrativos impedidos de emitirem decisão discrepante sobre o assunto.

Em verdade, as críticas acima referidas parecem eivadas de um profundo preconceito contra o Supremo Tribunal Federal, denotando que os juízes e tribunais ordinários seriam mais “liberais” ou “compreensivos” na interpretação dos direitos individuais. Trata-se, pois, de argumento fundamentalmente metajurídico.

1.4 Da alegação de ofensa ao sistema difuso de controle de constitucionalidade e à independência do Poder Judiciário

É preciso ter olhos para ver que, pelo menos, desde o advento da Emenda Constitucional 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”.²⁶

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

A propósito, convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se

outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.²⁷

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

Portanto, a restrição ao sistema difuso, que provoca tanta celeuma, não foi obra do legislador constituinte, mas, inequivocamente, decisão soberana do Constituinte de 1988.

Também não colhe o argumento concernente à possível afronta ao princípio da independência dos juízes.

A orientação doutrinária mais autorizada sinaliza no sentido de que essa independência deve ser entendida como liberdade em relação aos demais órgãos estatais que não os próprios tribunais.²⁸ Até porque não se questiona a vinculação dos juízes e tribunais às decisões específicas das cortes superiores, que podem cassar, reformar, suspender, julgados das Cortes inferiores.²⁹

Assinale-se, ainda, que sequer a idéia de vinculação era desconhecida do nosso modelo de controle de constitucionalidade. O controle incidental de normas, no âmbito dos Tribunais, comporta, desde 1934, uma cisão funcional, de modo que o órgão fracionário fica vinculado à decisão proferida pelo pleno ou pelo

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

28. Maunz, in: Maunz, dentre outros, “Bundesverfassungsgerichtsgesetz” — Kommentar — *BVerfGG*, § 31, I, n.º 22.

29. Maunz, in: Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, I, n.º 22.

26. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1976, v. 6, p. 44.

órgão especial da Corte (CF, art. 97). No caso da ação declaratória, tem-se a vinculação não a uma decisão do pleno ou do órgão especial do próprio tribunal, mas a uma decisão específica da Suprema Corte.

2. Antecedentes históricos da ação declaratória

1 Considerações Preliminares

O Controle abstrato de normas e a ação declaratória de constitucionalidade no direito alemão.

Para que se tenha uma idéia mais precisa do desenvolvimento do controle abstrato de normas no direito comparado, parece-nos adequado que se contemple a evolução experimentada pelo sistema alemão desde Weimar (1919) até a sua consolidação no sistema consagrada pela Lei Fundamental de Bonn (1949).

a) Constituição de Weimar

O controle abstrato de normas surgiu nos tempos modernos na Alemanha como instrumento de índole federativa.

O art. 13, II, da Constituição de Weimar, estabelecia a seguinte regra: "Se existirem dúvidas ou controvérsias sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal, poderá a autoridade competente da União ou do Estado requerer, nos termos da lei, o pronunciamento de um Tribunal do Reich (Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs-oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines Gerichtshofes des Reichs anrufen)".

Foi editada, inicialmente, a Lei de 30 de março de 1920,³⁰ que disciplinou a

30. Reichsgesetzblatt (RGBl.) p. 402.

competência do Tribunal de Finanças (*Finanzgerichtshof*) para aferir a compatibilidade de disposições do direito financeiro estadual com o direito federal (§ 6.º, n. 1). Pouco tempo depois, em 8 de abril de 1920,³¹ foi reconhecida a competência do *Reichsgericht* para conhecer das demais questões concernentes à aplicação do art. 13, II, da Constituição de Weimar (§§ 1 e 4). Essa lei contemplava a possibilidade de que, após a instituição da Corte Administrativa (*Reichsverwaltungsgericht*), fosse conferida também a esse Tribunal a competência para exercer, no âmbito de suas atribuições, o controle abstrato previsto no art. 13, II. Também a Lei de 21 de dezembro de 1920³² confiou à Corte Administrativa a competência para decidir sobre a compatibilidade de normas estaduais relativas aos vencimentos de funcionários públicos com a norma geral pertinente, estabelecida no plano federal. Enquanto não fosse instituído o Tribunal administrativo, essa competência haveria de ser exercida por Tribunal constituído especialmente para esse fim (§§ 6 e 7). A Corte administrativa não chegou a ser constituída.³³

Para instauração do controle abstrato, não se fazia mister a existência de conflito concreto entre a União e os Estados. Era suficiente a existência de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade de direito estadual com o direito federal. Igualmente irrelevante afigurava-se o local ou o órgão nos quais surgiram as dúvidas ou se desenvolveram as controvérsias.³⁴ Era bastan-

31. Reichsgesetzblatt (RGBl.) p. 510.

32. Reichsgesetzblatt (RGBl.) p. 2.117.

33. Cf., também, Apelt, W., *Geschichte der Weimarer Verfassung*, p. 167.

34. Cf., a propósito, Wolfgang Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, Heidelberg, 1929, pp. 39-40; Triepel (*Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Bade*

te que o órgão competente da União ou do Estado as adotasse³⁵ ou as considerasse relevantes.³⁶

Vale registrar a opinião de Triepel a propósito:

"As dúvidas ou controvérsias podem surgir em qualquer lugar relevante, seja perante os Tribunais, a Administração ou no Parlamento. Os Governos federal e estaduais podem até estar acordes; O art. 13, II parte apenas do princípio de que aquele ou estes — ou ambos — devem ter interesse em afastar as dúvidas surgidas de forma autorizada. Não se exige, todavia, um interesse legítimo ou uma necessidade de proteção jurídica, que deva ser veiculado mediante a representação (*Antrag*); a representação nem sempre é uma ação (*Der Antrag ist also nicht immer eine Klage*). Mesmo que a controvérsia surja apenas entre autoridades federais ou somente entre autoridades estaduais, é admissível a instauração do processo de controle de normas."³⁷

Na mesma linha de orientação, ensinava Wolfgang Flad:

"Razão para provocar o *Reichsgericht* haverá sempre que, tal como previsto no art. 13, II, da Constituição, estiver configurada dúvida (*Zweifel*) ou controvérsia (*Meinungsverschiedenheit*) sobre a compatibilidade do direito estadual com o direito federal. Não se definiu, porém,

Homburg vor der Höhe, 1965 (reimpressão), p. 67), sustentava que aludidas controvérsias haveriam de ser configuradas entre órgãos superiores.

35. Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, p. 40.

36. Cf., Rudolf Hoke, "Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern", in: Starck, Christian/Klaus Stern, *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, v. I, p. 25 (93).

37. Heinrich Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Bad Homburg vor der Höhe*, 1965 (reimpressão), p. 67.

o lugar ou as condições do surgimento ou do desenvolvimento dessas dúvidas ou controvérsias. Dúvida sobre a constitucionalidade de norma estadual pode surgir junto às autoridades centrais do *Reich* ou dos Estados. Ela pode desenvolver-se, igualmente, em outros setores, como o Tribunal, que tenha de aplicar a lei a um caso concreto, em trabalhos jurídicos ou ainda na discussão política. Como a Constituição conferiu direito de propositura apenas aos órgãos centrais do *Reich* e dos Estados, depende a instauração do processo perante o *Reichsgericht* de que esses órgãos perfilhem as dúvidas suscitadas ou considerem-nas relevante".³⁸

Portanto, era pacífico o entendimento no sentido de que os titulares do direito de propositura tanto poderiam buscar a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual, como também postular a declaração de constitucionalidade da disposição que estava tendo sua legitimidade questionada, afastando, assim, as dúvidas que dificultavam a aplicação da lei.

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

A doutrina constitucional não era unânime quanto ao significado da força de lei — alguns diziam que o Judiciário ficava investido, nesse caso, de funções legislativas —, nem quanto aos seus limites, isto é, se estaria limitada à parte dispositiva,³⁹ ou se abrangeria, também, os fundamentos determinantes, o que faria com que a decisão sobre a in-

38. Wolfgang Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, p. 40.

39. Cf., a propósito, Triepel, *Streitigkeiten*, cit., p. 112; Flad, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*, p. 46.

constitucionalidade de uma lei afetasse a validade de leis de conteúdo igual ou semelhante do mesmo Estado ou de outro.⁴⁰

b) *O controle abstrato de normas na Lei Fundamental*

A Lei Fundamental de Bonn outorgou ao *Bundesverfassungsgericht* competência para examinar, no controle abstrato de normas, a compatibilidade entre o direito federal e a Lei Fundamental ou entre o direito estadual e a Lei Fundamental ou outras disposições do direito federal (art. 93, I, n. 2), no caso de existência de dúvida (*Zweifel*) ou controvérsia (*Meinungsverschiedenheit*).

O § 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* concebeu a admissibilidade da representação de forma restritiva,⁴¹ estabelecendo a seguinte regra:

“A 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. 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

40. Walter Jellinek, “Der Schutz des öffentlichen Rechts”, *VVDStRL*, Caderno 2, 1925, p. 44.

41. Cf., § 170 do Projeto do Governo de 28.3.1950, Impresso n. 788 e Exposição de Motivos, a propósito, p. 33; Cf., também, as discussões, da Comissão para assuntos jurídicos sobre a Lei do *Bundesverfassungsgericht*, 1.ª legislatura, Bonn, 1949, p. 39; Cf. a propósito Söhn, “Die abstrakte Normenkontrolle”, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, v. I, p. 292 (302-303); Babel, *Abstrakte Normenkontrolle*, p. 64-65.

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”.

Já no começo de sua judicatura reconheceu o *Bundesverfassungsgericht* a dupla função do controle abstrato de normas.

De um lado, esse processo revela-se adequado instrumento de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (função de defesa).⁴² De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (segurança jurídica).⁴³

Deve-se ressaltar que, em virtude da escolha dos órgãos legitimados, a instauração do controle abstrato de normas dá-se, normalmente, em caso de conflito entre a maioria governamental e a oposição parlamentar. Tal circunstância permite que esta se valha do seu direito de instaurar o controle abstrato ou que o faça através do Governo de um dos Estados por ela controlado.⁴⁴

42. *BVerfGE*, 1, 184 s.

43. *BVerfGE*, 1, 396 (413).

44. Cf., principalmente, as ações movidas pelo Partido Social-Democrata contra a política exterior do Governo Adenauer: 1,396 (Serviço militar obrigatório e Comunidade Européia de Defesa — Wehrpflicht, EVG); 4, 157 (Estatuto do Sarre — Saar-Statut); as ações movidas pelo Estado de Hesse contra o sistema de financiamento dos partidos políticos (Parteienfinanzierung) (8, 51; 20, 56) e contra a disciplina do Estado de Necessidade (30, 1), as ações dos Senados de Bremen e Hamburgo e do Governo da Renânia do Norte-Vestfália contra a lei que disciplina a recusa à prestação do serviço militar (*Kriegsdienstverweigerung-Neuordnungsgesetz — KDVG*) (69, 1); as ações dos cristãos-democratas (CDU/CSU) contra a Lei que descriminalizava o aborto (*Fristenlösung*) (39, 1) e contra a reforma da lei sobre o serviço militar obrigatório

O § 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* contém 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.⁴⁵

Dessa forma, pode o próprio Governo contribuir para uma maior clareza e segurança jurídica, conforme, de resto, demonstram alguns exemplos da jurisprudência do Tribunal.⁴⁶

A primeira vez na qual o *Bundesverfassungsgericht* decidiu uma típica ação declaratória de constitucionalidade foi em 10 de junho de 1953.

Cuidava-se de ação proposta pelo Governo do Estado da Baixa-Saxônia que postulava fosse declarada a constitucionalidade do regulamento de 8 de julho de 1952, editado pelo Governo estadual sobre a organização judiciária estadual. Referido texto normativo provocou grande controvérsia, tendo o Parlamento estadual recomendado fosse o assunto objeto de análise pela Comis-

(*Wehrpflichtnovelle*) (48, 127); a ação do Governo da Baviera contra o Tratado Fundamental entre as duas Alemanhas (*Grundvertrag*) (36, 1); ação do governo da Baixa-Saxônia contra o § 10 b da Lei de Imposto de Renda (*Einkommensteuergesetz*) de 5.12.77 (53, 63); ação dos cristãos-democratas (CDU-CSU) contra o § 2, I, da Lei de Orçamento 1981 (*BVerfGE* 79, 311); Ver, também, Brunn-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1980.

45. Cf. Jürgen Jekewitz, *Die Kostenlast beim Verfassungsprozess*, *JZ* 1978, p. 667 (673-4).

46. *BVerfGE* 2, 307; *BVerfGE* 6, 104; *BVerfGE* 12, 205 (217 s.); Cf. também *BVerfGE* 2, 143 (158).

são de Constituição e Justiça. Também a 13.ª Câmara do Tribunal estadual considerou inconstitucional o ato normativo questionado.⁴⁷

Daí ter o Governo estadual instaurado o controle abstrato de norma, com fundamento no § 76, n. 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, requerendo:

a) a declaração de compatibilidade do Regulamento de 8 de julho de 1952 com a Lei Fundamental e com outras disposições do direito federal;

b) a concessão de medida cautelar com o propósito de assegurar a aplicação do regulamento até a decisão final do *Bundesverfassungsgericht*.⁴⁸

A Corte Constitucional, após considerar admissível a ação (ação proposta por um Governo Estadual que considera válida disposição do direito estadual, após um Tribunal, uma autoridade administrativa ou um órgão de um Estado ter deixado de aplicá-la por considerá-la incompatível com a Constituição), reconheceu a incompatibilidade do regulamento com a Lei Fundamental, declarando, por isso, a sua nulidade, nos seguintes termos:

“O Regulamento editado pelo Ministério da Baixa Saxônia sobre a mudança da organização judiciária das comarcas de Bückburg e Hannover de 8 de julho de 1952 é nulo.⁴⁹

Em outra decisão, de 23 de janeiro de 1957, apreciou-se ação proposta pelo Estado da Renânia do Norte-Vestfália, em 25.5.1954, que pretendia ver declarada a constitucionalidade do § 30, VI, da Lei estadual sobre eleições municipais, de 6.4.1948, na versão aprovada em 18.8.1952, que disciplinava as eleições municipais. A questão envolvia diretamente a constitucionalidade da disposição legal que

47. Cf., sobre o assunto, *BVerfGE* 2, 307 (308-309).

48. *BVerfGE* 2, 307 (309).

49. *BVerfGE* 2, 307 (308).

condicionava a distribuição de vagas, nas eleições municipais, à superação da chamada “cláusula de bloqueio” (*Sperrklausel*) (obtenção de, pelo menos, 5 por cento dos votos válidos no distrito).⁵⁰

Anteriormente, o Tribunal Administrativo estadual de Düsseldorf (*Landesverwaltungsgericht*) havia deixado de aplicar disposição semelhante, contida na Lei eleitoral estadual de 1948, na redação de 1952, por considerá-la incompatível com o princípio da igualdade, uma vez que não vislumbrava razões para o afastamento, na espécie, do princípio de “igual peso dos votos” (*Grundsatz des gleichen Erfolgswerts aller Stimmen*) (decisão de 25.3.1954).

Daí ter o “Land” requerido a declaração de constitucionalidade da disposição questionada com base no § 76, n. 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Em virtude das alterações introduzidas no dispositivo questionado (Lei de 28 de junho de 1954), aditou-se a inicial, para solicitar que a decisão do Tribunal contemplasse a nova redação conferida à lei.

A Corte considerou admissível a ação, por estar configurada controvérsia exigida pelo § 76, n. 2, da Lei orgânica da Corte Constitucional, considerando irrelevante que a decisão do Tribunal tivesse sido proferida com base na versão antiga da lei, uma vez que, na substância, a matéria continuou a merecer disciplina idêntica.

Em outra decisão, de 28 de fevereiro de 1961, conheceu o *Bundesverfassungsgericht* de ação proposta pelo Cidade-Estado de Hamburgo com objetivo de ver declarada a constitucionalidade da lei estadual que aprovou o tratado relativo à criação da Rede de Radiodifusão do Norte da Alemanha (*Norddeuts-*

cher Rundfunk). O Tribunal pronunciou a declaração de nulidade sem redução de texto do § 3 (1) do Tratado, por ofensa ao art. 73, n. 7, da Lei Fundamental, considerando-o, no mais compatível, com a Lei Fundamental.⁵¹

Fácil de ver que, do ponto de vista ontológico, não há como diferenciar a ação declaratória de constitucionalidade da ação declaratória de inconstitucionalidade, configurando as duas ações espécies do controle abstrato de normas.⁵²

c) a ação declaratória de constitucionalidade no direito brasileiro

a) ação declaratória de constitucionalidade e a representação interventiva

Todos aqueles que acompanham a evolução do controle de constitucionalidade entre nós sabem que a chamada ação direta de inconstitucionalidade, denominada anteriormente representação de inconstitucionalidade, é um desenvolvimento direto da representação interventiva, instituída pela Constituição de 1934 e aperfeiçoada pela Constituição de 1946. Inicialmente, cabia ao Procurador-Geral da República, que, além de *custos legis* desempenhava cumulativamente a função de representante judicial da União, a instauração do respectivo processo.

Na opinião do insigne Themístocles Cavalcanti, que, em 1946, exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a arguição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário.⁵³

51. BVerfGE 12, 205 (207).

52. Cf., também, BVerfGE 143, 158.

53. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do controle de constitucionalidade*, Rio de Janeiro, 1966, p. 111.

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

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

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

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

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

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

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

Cumprido, por isso mesmo, o Procurador-Geral da República, um dever imposto não só pela alta consideração que

merece o Aviso do Exm.º Sr. Ministro da Justiça, mas ainda pelos altos propósitos que o inspiram trazendo questão de tanta relevância ao conhecimento deste E. Tribunal, esperando que este se pronuncie sobre a legitimidade do art. 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado diante da Constituição Federal, bem como sobre a constitucionalidade da intervenção federal depois de promulgada a Constituição Federal. Requer, por isso, a Vossa Excelência que distribuída a presente como reclamação, seja a mesma processada como de direito”.⁵⁴

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que não se tratava de simples consulta, mas de “exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações a ocorrência do tumulto (...)”.⁵⁵ Concluiu, a final, pela constitucionalidade do art. 2.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco.⁵⁶

Sem dúvida, a identificação da questão como um conflito de natureza constitucional entre o Governo Federal e o Governo Estadual, subjacente à representação encaminhada pelo Procurador-Geral, parece dogmaticamente perfeita e adequada à natureza da própria representação interventiva. Todavia, a questão fora submetida ao Tribunal não como um conflito federativo, mas como problema constitucional *in abstracto*.

54. Rp. 95, de 30-7-1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *AJ*, 85:55-6. Não obstante, convém assinalar que o Ministro Edgar Costa não conheceu da Representação, uma vez que esta tinha, “não apenas a aparência, mas incontestável caráter de consulta” (*AJ*, 85:68-9).

55. Rp. 95, de 30-7-1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *AJ* 85:58.

56. Rp. 95, de 30-7-1947, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *AJ* 85:55-75.

50. BVerfGE 6, 104 (107).

Pode-se afirmar que o eminente jurista que ocupava a Chefia do Ministério Público Federal à época vislumbrou no instrumento não uma ação movida pelo Procurador-Geral da República, na condição de representante judicial da União, contra o Estado-membro que afrontasse determinados princípios essenciais da ordem federativa. Considerava, ao revés, que estava diante de típica ação direta de inconstitucionalidade (controle abstrato de normas), que deveria ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, independentemente da convocação do titular da iniciativa, desde que parecessem plausíveis as dúvidas suscitadas sobre a constitucionalidade da norma.⁵⁷

Essa orientação — equivocada, ressalte-se — foi incorporada pela legislação.

A Lei n. 2.271, de 1954, que regulamentou o instituto, assim dispôs:

“Art. 1.º. Cabe ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7.º, inc. VII, da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em 2 (duas) vias, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, dentro de 90 (noventa dias), a partir do seu recebimento.

57. Themístocles Cavalcanti, *Do controle*, cit., p. 118: “Segundo me parece, a posição do Procurador-Geral, principalmente, é a de somente arquivar a representação quando manifestamente inepta, isto é, quando não tiver os requisitos constitucionais e legais para prosperar (...) Quanto ocorrerem dúvidas legítimas, é de seu dever trazê-las ao conhecimento do Tribunal da forma mais adequada, ou melhor, de maneira que possa merecer o seu conhecimento pelo Tribunal”.

Art. 2.º. Nesse prazo, por 45 (quarenta e cinco) dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, o Procurador-Geral da República ouvirá, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tiverem elaborado ou expedido”.

“Art. 4.º. Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberá embargos caso não haja unanimidade”.

Posteriormente, a Lei n. 4.367, de 1964, alterou, parcialmente, esse procedimento:

“Art. 1.º. Cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7.º, inc. VII, da Constituição Federal, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 2.º. Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data do recebimento da representação para apresentar a argüição perante o Supremo Tribunal Federal”.

Admitia-se, portanto, uma certa vinculação do Procurador-Geral, determinando que se submetesse a representação (interventiva) ao Supremo Tribunal Federal, sempre que provocado por terceiros.

Essa idéia de *dever* ou de *obrigação* de encaminhar a representação parece tanto mais esdrúxula se se considera que, ainda quando a violação dos princípios sensíveis decorresse de típico ato normativo estadual, o processo concebido pelo constituinte de 1934 e aprimorado pelo constituinte de 1946 disciplinava um especialíssimo conflito entre a União e o Estado.

É fácil de ver que a orientação consagrada inicialmente não apenas conver-

tia a representação interventiva num típico processo de controle abstrato de normas, ainda que com parâmetro de controle restrito aos chamados princípios sensíveis, mas também atribuía ao instituto um duplo caráter, que permitia ao Procurador-Geral argüir a inconstitucionalidade do ato estadual, se dela estivesse convencido ou encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o pedido de argüição, eventualmente, acompanhado de parecer no qual se enfatizava a constitucionalidade do ato.

Embora a doutrina não o tenha afirmado expressamente,⁵⁸ é certo que, se o titular da ação encaminhava ao Supremo Tribunal Federal um pedido de argüição de inconstitucionalidade com manifestação em sentido contrário, era porque estava postulando não a declaração de inconstitucionalidade, mas sim a declaração de constitucionalidade da norma questionada.

A representação interventiva não se confundia com um processo de controle abstrato de normas. Ao contrário, cuidava-se propriamente da judicialização de um conflito entre União e Estado, no tocante à observância dos princípios sensíveis. O Procurador-Geral da República, nesse processo, não era o substituto processual da sociedade, como pretendeu Buzaid,⁵⁹ nem atuava nesse

58. Única exceção parece ser Victor Nunes Leal, que em palestra proferida na VII Conferência Nacional da OAB — Curitiba, 1978, reconheceu expressamente que “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, (...) é uma representação de constitucionalidade” (Cf. “Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado”, *RDP* 53-54, p. 25 (33)).

59. Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, 1958, p. 107.

processo como *custos legis*,⁶⁰ mas sim como representante judicial de União. A atuação do Procurador-Geral da República não dependia de provocação de terceiros, como imaginado inicialmente, porquanto a matéria relativa à observância dos princípios sensíveis dizia respeito exclusivamente ao interesse da União na observância destes.

Toda essa confusão conceitual, se não teve outras virtudes, serviu, pelo menos, para aplinar o caminho que haveria de levar à instituição do controle abstrato de normas no direito constitucional brasileiro.

Deve-se ressaltar, pois, que na prática distorcida do instituto da representação interventiva está o embrião da representação de inconstitucionalidade em tese, da ação direta de inconstitucionalidade, e, naturalmente, da ação declaratória de constitucionalidade, positivada agora no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal.

b) a ação declaratória e a representação de inconstitucionalidade

A Emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressalta que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo

60. Cavalcanti, *Do controle*, cit., p. 115-118.

Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

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

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

“A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde logo a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inc. VII do art. 7.º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos”.⁶¹

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

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

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao

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

novo instituto de controle de constitucionalidade:

“A letra ‘k’, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8.º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1.º e 2.º) conhece apenas uma exceção no § 2.º do art. 123 da Constituição”.⁶²

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

Não se pretendia pois, que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.

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

62. Brasil, Constituição (1946), cit., p. 67.

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

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

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 de 1967/69 (representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual — CF 1967, art. 115, I, “1”; CF 1.967/69, art. 119, I, “1”).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970,⁶³ consagrou expressamente essa idéia: “Art. 174. § 1.º. Provocado por autoridade ou por terceiro para exercer a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo imprecidente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

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

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do ponto de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós.

63. DJ de 4 de setembro de 1970, p. 3.971 s.

Ela destinava-se não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (pedido de declaração de inconstitucionalidade), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (pedido de declaração de constitucionalidade).

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

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

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

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

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

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

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada em torno da representa-

ção interventiva⁶⁴ — confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto — não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

A própria disposição regimental é equívoca, pois, se interpretada literalmente, reduziria o papel do titular da iniciativa, o Procurador-Geral da República, a de um *despachante autorizado*, que poderia encaminhar os pleitos que lhe fossem dirigidos, ainda que com parecer contrário.

Ser-lhe-ia legítimo, pois, tanto pedir a declaração de inconstitucionalidade, como advogar a pronúncia de uma declaração de constitucionalidade. A “controvérsia constitucional” ou a dúvida fundada sobre a constitucionalidade da norma representava, assim, um *presuposto processual implícito do controle abstrato de normas — objetivo*, porém —, que legitimava a instauração do controle abstrato de normas, seja com o escopo de ver declarada inconstitucionalidade da norma, seja com o propósito de ver afirmada a sua constitucionalidade.

Daí ter o saudoso Victor Nunes Leal observado em palestra proferida na Conferência Nacional da OAB de 1978 (Curitiba) que, “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade”.⁶⁵

A propósito, acrescentou, ainda, o notável juriconsulto:

64. Buzaid, *Da ação direta*, cit., p. 107; Barbosa Moreira, “As Partes na ação declaratória de inconstitucionalidade”, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13 (1964), p. 67 (75-76); Cavalcanti, *Do controle*, p. 115 s.

65. Victor Nunes Leal, “Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado”, in: *RDP* 53-54, p. 25 (33).

“Relembro, aliás, que o ilustre Professor Haroldo Valladão, quando Procurador-Geral da República,⁶⁶ sugeriu ao signatário (não sei se chegou a registrá-lo por escrito) a conveniência de deixar expressa no Regimento a representação destinada a afirmar a constitucionalidade, para solver dúvidas, ainda que não houvesse pedido formal de terceiros no sentido da inconstitucionalidade”.⁶⁷

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

Assinale-se que o registro dessas assertivas constantes de manifestação autorizada de Victor Nunes demonstra também que, ao contrário do que afirmado por alguns autores, o instituto da ação declaratória de constitucionalidade não representa um *novum* sequer para a doutrina constitucional pátria.

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

A controvérsia em torno da recusa do Procurador-Geral da República de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de inconstitucionalidade

66. O Professor Haroldo Valladão exerceu o cargo de Procurador-Geral da República no período de 19.4.1967 a 13.11.1967.

67. Leal, op. cit., *RDP* 53-54, p. 25 (33).

contra o Dec.-Lei 1.077, de 1970, que instituiu a censura prévia sobre livros e periódicos,⁶⁸ não serviu — infelizmente — para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade.⁶⁹

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma,⁷⁰ somente podem ter partido da idéia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória — positiva — de constitucionalidade.

Na Representação 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada.⁷¹

68. Reclamação n. 849, Relator: Ministro Adalício Nogueira, *RTJ* 59/333.

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

70. Cf., a propósito, Josaphat Marinho, “Inconstitucionalidade de lei — representação ao STF”, *RDP* 12/150; Pereira, Caio Mário da Silva, voto proferido no Conselho Federal da OAB, Arquivos do Ministério da Justiça, n. 118, p. 25; Cavalcanti, Themístocles, Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RDP* 16/169; Cardoso, Adauto Lucio, voto na Reclamação n. 849, *RTJ* 50/347-8; Bastos, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, 1982, p. 69.

71. Embargos na Representação n. 1.092, Relator: Ministro Néri da Silveira, *RTJ* 117/921 s.

O Supremo Tribunal Federal considerou admissíveis os embargos pelos fundamentos contidos no voto do eminente Relator, Ministro Néri da Silveira:

“Se os embargos constituem um recurso e este é meio de provocar, na mesma ou na superior instância, a reforma ou a modificação de uma sentença desfavorável, seria, em princípio de entender que, procedente a ação, ao autor não caberia opor-se ao resultado, que pleiteou vestibularmente. Porque não sucumbente, não estaria legitimado a recorrer.

Sucedendo, porém, que, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por sua natureza, enquanto instrumento especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não é, desde logo, de invocar os princípios regentes da teoria do processo civil, senão na medida em que os consagrou o Regimento do STF, onde se regula a representação de competência originária e exclusiva desta Corte (Constituição, art. 119, I, letra “I”). Assim, já se tornou assente o descabimento da assistência no processo de representação para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou para interpretação de lei (Representações n.º 1.161-5-GO, 1.155-1-DF e 972-DF). Por igual, não se afirma impedimento de membro da Corte para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou de interpretação de lei ou ato normativo federal (Sessão de 13.9.1983). Ao Procurador-Geral da República, a quem a Constituição reserva, com exclusividade, aforar a ação, não se lhe reconhece, todavia, a faculdade de desistir da representação. Instrumento por via do qual se exerce função política do Judiciário, no controle dos atos dos outros Poderes, e dele próprio, o procedimento de ação direta se reveste de especialidade com sua destinação. O julgamento, na representação, refere-se à lei ou ato

normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia, *erga omnes*, dispensada, assim, qualquer posterior manifestação do Senado Federal, para suspender a execução da lei ou ato normativo, tidos como inválidos, a teor do art. 42, VII, da Constituição. De outra parte, está no parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno do STF, que o Procurador-Geral da República, inobstante autor da ação direta, pode, em sua manifestação final pedir a improcedência da representação, tal como na espécie aconteceu (fls. 141/151). Pontes de Miranda, de referência à posição do Chefe do Ministério Público federal, diante da norma do art. 119, I, letra "I", da Constituição, observa: "A legitimidade ativa, que tem o Procurador-Geral da República, estende-se à oposição de embargos de nulidade ou infringentes do julgado ou dos embargos declaratórios. É órgão da União: não só a representa, apresenta-a, como órgão que é" (in: Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969, T. IV, 2.ª ed., p. 44). Em face da especialidade do processo da ação direta de inconstitucionalidade, compreendo que o Procurador-Geral pode, inobstante julgada procedente a representação, notadamente, se pedir em sua manifestação final a improcedência da demanda constitucional, interpor embargos infringentes ao acórdão do STF.⁷²

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse caráter ambivalente da representação de incons-

72. Embargos na Representação n. 1.092, Relator: Ministro Néri da Silveira, RTJ 117/921 (944-945).

tucionalidade, reconhecendo implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação era legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constitucionalidade, se não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 8 de setembro de 1988, (Rp n. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ 124/41 s.).

O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal petição formulada por grupo de parlamentares que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei 7.232, de 29 de outubro de 1984). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos.⁷³

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma,⁷⁴ é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua

73. Rp n. 1.359, Relator: Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129/41.

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

práxis desde a sua adoção pela Emenda n. 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral limitava-se a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, a final, pela sua improcedência.⁷⁵

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

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

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

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

75. Cf., dentre outras, ADIN 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 29.4.92, p. 5.606.

3. Ação declaratória de constitucionalidade: A inovação da Emenda Constitucional 3/93

1. Considerações Preliminares

Acolhendo sugestão contida em estudo que elaboramos juntamente com o Professor Ives Gandra, o Deputado Roberto Campos apresentou proposta de Emenda Constitucional com o seguinte teor:

"Art. 1.º Suprima-se o inc. X do art. 52, renumerando-se os demais.

Art. 2.º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 102.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma desta lei.

§ 2.º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3.º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos"

"Art. 103. § 1.º. ...§ 2.º. ...§ 3.º. ...

§ 4.º Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X destes artigos podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito".

A proposta mereceu a seguinte justificação:

"É de três espécies processuais o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro:

1.º) o controle difuso, concreto ou incidental, exercido pelos órgãos jurís-

dicionais nos processos de sua competência (CF, arts. 97, 102, III, a, b e c e parágrafo único, 42, X, 105, III, a, b, c);

2.º) o controle direto de constitucionalidade para fins de intervenção da União no Estado (CF, 36, c/c o art. 34, VI e VII) ou do Estado no Município (art. 35, IV);

3.º) o controle abstrato de normas federais e estaduais pelo Supremo Tribunal Federal, previsto na Constituição, art. 102, I, a, instaurada por provocação dos agentes, órgãos e entidades mencionadas no art. 103, e o controle abstrato de leis ou atos normativos estaduais ou municipais pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face da Constituição Estadual, previsto no art. 125, § 2.º, na forma em que dispuser a Constituição de cada Estado.

A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal prende-se ao controle difuso, considerada que foi pelo legislador constituinte a desnecessidade dessa suspensão no caso da ação direta.

Outrora, na busca de um mecanismo que assegurasse eficácia ampla à decisão definitiva da Corte Constitucional, o Constituinte de 1934 houve por bem confiar ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (CF de 1934, art. 91, IV). Esse mecanismo, incorporado às Constituições subsequentes (CF de 1946, art. 64; CF de 1967/69, art. 42, VII), foi preservado pelo Constituinte de 1988, art. 52, X.

Assinale-se que essa fórmula engenhosa, destinada a assegurar eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos casos concretos, traduzia uma solução de compromisso destinada a evitar polêmica sobre o papel do Judiciário no sistema da divisão de Poderes.

Não se tratava, à evidência, da única alternativa à disposição do constituinte. Nem se pode afirmar que o constituinte de 1934 tenha optado pela solução mais moderna. Na própria Assembléia Constituinte foi apresentada proposição que reconhecia a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade “em mais de um aresto” do Supremo Tribunal Federal. Constava também de proposto de instituição de uma Corte Constitucional nos moldes do Tribunal Constitucional austríaco, formulada pelo Deputado Nilo Alvarenga, disposição que outorgava eficácia *erga omnes* às decisões proferidas nos processos de controle de normas. Por outro lado, a Constituição austríaca de 1920 já reconhecida eficácia *erga omnes* aos pronunciamentos da Corte Constitucional (Constituição austríaca, art. 140). E, mesmo aqui, não havia originalidade. Também as leis que disciplinaram o processo de controle abstrato previsto no art. 13, § 2.º, da Constituição de Weimar (1919), outorgavam força de lei à decisão judicial.

Mas, se à época em que foi introduzido no nosso ordenamento constitucional esse instituto já não se revelava criação das mais avançadas, é certo que se tornou manifestamente obsoleto sob o império da Constituição de 1988. Se se admite que a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato tem eficácia *erga omnes*, como razoavelmente, justificar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto deva somente ter eficácia entre as partes. Se se admite possa o Supremo Tribunal Federal suspender liminarmente a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma emenda constitucional no processo de controle abstrato de normas, por que condicionar a eficácia geral de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle incidental a um ato do Senado Federal.

Sem dúvida, pode-se afirmar que, se a suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado teve sua razão de ser no passado, a sua manutenção no modelo de controle de constitucionalidade da Carta de 1988 assenta-se em fundamentos de índole meramente histórica.

Assim é que, nesta oportunidade, se apresenta a proposta de supressão do disposto no art. 52, X, da Constituição, atribuindo-se eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto.

Um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1.ª instância — louvável conquista da cidadania — sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A força outorgada aos juizes de 1.ª instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária — e mais do que isto — a tranqüilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos.

Podendo um juiz de 1.ª instância, na hipótese aventada, ofertar satisfação definitiva do direito pleiteado e não podendo um Ministro de Tribunal Superior agir se não quando, na tramitação procedimental, as questões forem-lhe submetidas, não é desavisado dizer que hoje um juiz de 1.ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do STJ ou STF que só pode

juizar os grandes temas, em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos processos em grau de recurso. Por outro lado, a advocatária objeto de emenda do Governo, está marcada pelo estigma do regime totalitário e é utilizada para suspender “decisões jurídicas”, à luz de “argumentos políticos”, como os de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira.

Entre as vantagens do presente projeto sobre aquele que pretende reintroduzir a advocatária, militam:

a) a competência do STF será originária e não decorrencial;

b) os motivos para sua proposição serão “jurídicos” e não meramente “políticos”;

c) não haverá interferência direta nas decisões de 1.ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada;

Quanto ao efeito vinculante das decisões de tribunais superiores sobre os atos de instâncias inferiores, o fato não é novidade. Nelson de Sousa Sampaio, por exemplo, apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante (“Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário”, in *RDP* 75).

Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juizes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais que existem em todas as circunstâncias, surge com particular evidência, quando um tribunal recebe competência por produzir também normas gerais por meio

de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão-só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles estarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa (*Teoria do Direito*, 2.^a ed. Armênio Amado, Coimbra, 1962, 2.^a v. pp. 115/116).

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso no entanto não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista embora aí mais formalizado.

É de se registrar a ocorrência de precedente vinculativo nos assentos das velhas Casas de Suplicação de Portugal por força de regras das Ordenações Manuêlinas de 1521 (Liv. V. Tit. 58, § 1.^o) continuadas nas Ordenações Filipinas (Liv. I, Tit. 5, § 5.^o) com regulação minuciosa na Lei da Boa Razão, de 1769, e persistência no Direito hodierno, haja vista a disposição do Código Civil de 1966, art. 2.^o, no sentido de que: “Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina (sic) com força obrigatória geral...” (cf. Nelson Sampaio, op. cit.).

Essa prática, de Portugal, transmigrou-se para o Brasil Império pela Resolução da Assembléia Geral sancionadas pelo Dec. 2.684, de 1875, mas, pelo que nos informa Lenine Nequete (“O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência”, Sulina, Porto Alegre, 1973), não saiu do papel.

O traço vinculante dos precedentes dos tribunais superiores para a futura atuação das demais cortes de justiça é conhecido como o *stare decisis*, cuja expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*: ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso (cf. Nelson Sampaio, op. cit.).

A Constituição argentina de 1949 abraçou o princípio do *stare decisis* nos termos do seu art. 95 de que: “A interpretação que a Corte Suprema de Justiça faça dos artigos da Constituição por RE, e dos códigos e leis por recursos de cassação, será aplicada obrigatoriamente pelos juízes e tribunais nacionais” (cf. Nelson Sampaio).

O México é outro país do chamado direito escrito onde também se encontra instituto de mesma natureza. Pela reforma constitucional de 1951, figura, no art. 107, XIII, o princípio da jurisprudência vinculante: “A lei determinará os processos e casos em que seja obrigatória a jurisprudência dos tribunais do Poder Judicial da Federação, bem como os requisitos para a sua modificação”. A Lei de Amparo previa as hipóteses de jurisprudência vinculante nos arts. 193, bis e 195 bis (Cf., Nelson Sampaio).

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

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada

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

Estas propostas não só reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, mas também contribuem para a celeridade e economia processuais na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, propiciam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas.⁷⁶

Parte dessa proposição, com algumas alterações, foi incorporada à Emenda que deu nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tributária e autorizou a instituição do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, mediante iniciativa do Deputado Luiz Carlos Hauly.⁷⁷

A Emenda 3 assim disciplinou o instituto:

76. Proposta de emenda à Constituição 130, de 1992.

77. Cf., a propósito, os dois substitutivos apresentados pelo Deputado Benito Gama,

“Art. 102...I — ...a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1.^o — A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2.^o — As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

“Art. 103...§ 4.^o — A ação declaratória da constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República”.

A par das questões já suscitadas pela doutrina, o novo instituto provoca, sem dúvida, inúmeras indagações, tanto no que diz respeito aos pressupostos de admissibilidade, quanto no que se refere aos efeitos das decisões proferidas.

Convém ressaltar, uma vez mais, que, a despeito da aparente autonomia, a ação declaratória de constitucionalidade tem, tal como já demonstrado, natureza semelhante à da ação direta de inconstitucionalidade, tendo surgido entre nós, efetivamente, com a Emenda n. 16, de 1965, que introduziu o controle abstrato na ordem constitucional brasileira.⁷⁸

2. Pressupostos de admissibilidade

a) Direito de Propositura ou Legitimação para agir in abstracto

Ao contrário da proposta contida na Emenda Roberto Campos, que outorga-

Relator da Comissão Especial destinada a examinar a Proposta de Emenda à Constituição n. 48-a, de 1991.

78. Cf., supra, II, 1, b.

va o direito de propositura da ação direta de constitucionalidade a todos os entes legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, a Emenda 3 acabou por deferir esse direito apenas ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República (art. 103, § 4.º).

*b) Legitimação para agir in concreto.*⁷⁹

Ao lado do direito de propositura, há de se cogitar aqui, também, de uma legitimação para agir *in concreto*, tal como consagrada no direito alemão, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade da lei, que é apanágio da lei.

Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade de norma.

79. No direito alemão, procede-se à distinção entre o direito de propositura ou a legitimação para agir *in abstracto* (*Antragsrecht*) e a legitimação para agir *in concreto* (*Antragsbefugnis*), afirmando-se que, tanto para a ação declaratória de inconstitucionalidade, como para a ação declaratória de constitucionalidade, se faz mister a demonstração de existência de dúvida (*Zweifel*) ou controvérsia (*Meinungsverschiedenheit*) sobre a constitucionalidade da norma (Cf. § 76 da Lei orgânica da Corte Constitucional) Ver, *supra*, II, a (bb).

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.

Assim, se a jurisdição ordinária, através de diferentes órgãos, passar a afirmar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderão os órgãos legitimados, se estiverem convencidos de sua constitucionalidade, provocar o Supremo Tribunal Federal para que ponha termo à controvérsia instaurada.

Da mesma forma, pronunciamentos contraditórios de órgãos jurisdicionais diversos sobre a legitimidade da norma poderão criar o estado de incerteza imprescindível para a instauração da ação declaratória de constitucionalidade.

Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

Assim, não configurada dúvida ou controvérsia relevante sobre a legitimidade da norma, o Supremo Tribunal Federal não deverá conhecer da ação proposta.

c) Objeto da ação declaratória de constitucionalidade

Nos termos da Emenda 3, objeto da ação declaratória de constitucionalidade há de ser a lei ou ato normativo federal. Diversamente, a proposta de Emenda do Deputado Roberto Campos contemplava também o direito estadual.

(aa) Lei pré-constitucional

É possível que, coerente com a jurisprudência desenvolvida sob o império da Constituição de 1967/69, preservada sob o modelo constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal venha a

considerar admissível tão-somente ação declaratória de constitucionalidade formulada em relação ao direito pós-constitucional.⁸⁰

É certo que eventual revisão dessa orientação, para a ação direta de inconstitucionalidade, afetaria também o juízo sobre a questão no âmbito da ação declaratória de constitucionalidade.

(bb) Atos regulamentares

Embora o texto constitucional admita que a ação direta de constitucionalidade tenha por objeto ato normativo federal, não existe razão para supor que o Supremo Tribunal Federal procederá à alteração de seu entendimento sobre a inadmissibilidade do controle abstrato de normas regulamentares, uma vez que, consoante se acentua, haveria aqui uma prévia questão de legalidade.⁸¹

Não parece haver dúvida, porém, de que os atos normativos autônomos podem ser objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

3. Do Cabimento da liminar na ação declaratória de constitucionalidade

Outra indagação de relevo diz respeito ao cabimento, ou não, de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade.

Seria fácil sustentar que, não tendo o texto constitucional contemplado expressamente essa possibilidade, tal ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, não deveria admitir-se a liminar nesse processo especial de controle de normas.

80. Cf., ADIn 2, Relator: Ministro Paulo Brossard, *DJ* 12.2.1992.

81. Cf., dentre outras, Rp. n. 1.266, Relator: Ministro Carlos Madeira, *RTJ* 124/18 (53). Rp. n.º 1.492, Relator: Ministro Octávio Gallotti, *RTJ* 127/80 s.

Convém ressaltar, de imediato, que o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de liminar no processo de controle abstrato de normas, mesmo na ausência de norma autorizativa, por entender, fundamentalmente, que o poder de cautela seria inerente à própria atividade jurisdicional (RISTF, art. 175 c/c 22, IX).⁸²

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece, igualmente, plausível admitir a concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar.

Daí afigurar-se-nos legítima a concessão de liminar que assegure a plena aplicação da lei controvertida até a pronúncia da decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa providência cautelar poderia importar na suspensão de julgamento de todos os processos que envolvessem a aplicação da lei objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

4. A decisão na ação declaratória de constitucionalidade

a) Considerações Preliminares

A par de eventual decisão sobre a inadmissibilidade da ação, seja porque não demonstrada a existência de dúvida fundada ou controvérsia sobre a constitucionalidade da norma, seja porque falece ao autor o direito de propositura,

82. Rp. n. 933 (liminar), Rel.: Ministro Thompson Flores, *RTJ* 76/342 (343). Cf, também voto divergente do Ministro Xavier de Albuquerque, *RTJ* 76/345-346. Anteriormente já haviam sido deferidas medidas cautelares nas Representações 467 e 466, respectivamente, do Rio Grande do Norte e da Guanabara, *RTJ* 23, p. 1 s.).

pode o Supremo Tribunal, na ação declaratória de constitucionalidade, decidir pela:

(1) procedência da ação, com a conseqüente declaração de constitucionalidade da norma questionada, ou, ainda,

(2) improcedência da ação, que importará na declaração de inconstitucionalidade da norma submetida a seu exame.

Não se pode excluir a possibilidade de o Tribunal vir a julgar parcialmente procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade parcial da norma questionada ou de algumas de suas aplicações, no caso de declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto.⁸³

É possível, ainda, que o Tribunal declare a norma constitucional, desde que interpretada de determinada maneira (interpretação conforme à Constituição), tornando aquela interpretação vinculante para os demais órgãos judiciais e para as autoridades administrativas em geral.

b) A Decisão que declara a constitucionalidade (ou a inconstitucionalidade) da lei: significado da eficácia contra todos (eficácia erga omnes) e do efeito vinculante

(aa) Considerações preliminares

Embora na exposição de motivos que encaminhou a proposta de Emenda Constitucional n. 16/65 tenha o Governo acentuado que a representação, limitada em sua iniciativa, teria o mérito de facultar desde logo a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas, formando precedente que orientaria o julgamento de processos congêneres,⁸⁴ a

83. Cf., sobre o assunto, ADIn 491 (medida liminar), Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 137/90 (93).

84. Cf. Emendas à Constituição de 1946, n. 16, Reforma do Poder Judiciário, Câmara dos Deputados, Brasília, 1968, p. 19 (24).

doutrina constitucional brasileira não conferiu maior atenção à decisão que reconhecia a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei no processo de controle abstrato de normas. Considerando que o conteúdo e os efeitos da decisão foram disciplinados apenas de forma fragmentada das diferentes disposições não lograram doutrina e jurisprudência precisar, inicialmente, o significado dogmático da declaração de constitucionalidade no juízo abstrato.⁸⁵

Referida proposta de emenda continha cláusula que outorgava eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal — As disposições de lei ou ato de natureza normativa consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União (Proposta de emenda, art. 5.º). Referida disposição não foi, todavia, aprovada pelo Congresso Nacional, subsistindo, pois, a necessidade de que se encaminhassem as declarações de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que se efetivasse a suspensão de execução do dispositivo declarado inconstitucional.⁸⁶

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas nos processos de controle abstrato de normas tinham eficácia *erga omnes*, deixando, assim, de submetê-las ao Senado Federal.⁸⁷

85. Cf. a propósito, Buzaid, *Da ação direta*, cit., p. 87; Carlos Alberto Lucio Bittencourt, *o Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, 1968, p. 143.

86. Rp. n. 933 (liminar), Rel. Ministro Thompson Flores, RTJ 76/342 (343).

87. Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19.6.1975, DJ de 16.5.1977, p. 3.124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.5.1977, p. 3.123; Ver, também, Bandeira de Mello, O.A. Teoria das

É certo que se essa conclusão se mostrava incensurável para a sentença de inconstitucionalidade, — até porque, do contrário, ter-se-ia o esvaziamento completo do instituto —, haveria de ser aplicada, igualmente, à eventual declaração de constitucionalidade.

É que, ao contrário do que se verifica em alguns sistemas, o Supremo Tribunal não se limita a declarar a improcedência da ação, declarando expressamente a constitucionalidade da norma por decisão de maioria qualificada (6 votos), presentes pelo menos oito integrantes da Corte (RISTF, art. 143 c/c 173).

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 objetivos⁸⁸ — e não qualidade apenas de determinada decisão.

Assim, parece legítimo admitir que, já no modelo da emenda n. 16/65, transitava em julgado, com eficácia *erga omnes*, tanto a decisão que, no processo de controle abstrato de normas, declarava a inconstitucionalidade uma lei, como aquela, na qual se afirmava a legitimidade da norma.

A limitação da eficácia *erga omnes* apenas à declaração de inconstitucionalidade

revelar-se-ia problemática, sobretudo nos casos da interpretação conforme à Constituição. A vinculação *inter omnes* pressuposta pelo Tribunal em relação a essa forma de decisão somente pode ser fundamentada se se admitir que essa decisão é dotada de eficácia ampla e geral.

O Tribunal tentou superar o problema ao propor a equiparação da interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem a redução de texto.⁸⁹ Essa peculiar forma de declaração de nulidade teria eficácia geral, de modo que a ninguém seria permitido aplicar a lei na forma censurada pelo Tribunal.⁹⁰ O Tribunal absteve-se, todavia, de tirar todas as conseqüências dessa posição, não tendo introduzido, inicialmente, qualquer mudança na formulação da parte dispositiva da decisão, que continuou a afirmar a improcedência da ação desde que se conferisse determinada interpretação à lei.⁹¹

É certo que a assertiva constante da parte dispositiva da decisão, na qual o Supremo Tribunal Federal reconhecia que a ação deveria ser tida como improcedente desde que se adotasse determinada interpretação, demonstra que a Corte partia da idéia de que também as decisões confirmatórias da constitucionalidade eram dotadas de eficácia *erga omnes*.

Constituições Rígidas, 1980, p. 213. Em 18 de junho de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (Cf. Alencar, A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos institucionais, Revista de Informação Legislativa n.º 57, 1978, p. 260 (305)).

88. Cf., a propósito, Manfred Goessl, *Organisierbarkeit innerhalb des Bundes*, Berlim, 1961, p. 45; Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Colônia, 1963, pp. 105-106.

89. Rp. n. 1.417, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 126/48 (66).

90. Rp. n. 1.417, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 126/48 (69).

91. Rp. n. 1.454, Relator: Ministro Octávio Gallotti, RTJ 125/997; Rp. n. 1.399, Relator: Ministro Aldir Passarinho, DJ 9.9.88; Representação n. 1.389, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RTJ 126/514. Mais recentemente, passou o Tribunal a incorporar a declaração de inconstitucionalidade na parte dispositiva da decisão (ADIN 319-4, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 30.4.1993, p. 7.563).

Essa orientação corresponde, sem dúvida, à natureza do processo de controle abstrato de normas, que se destina não só a eliminar da ordem jurídica, pronta e eficazmente, a lei inconstitucional, mas também a espancar, de forma definitiva, dúvidas porventura surgidas sobre a constitucionalidade das leis válidas.⁹²

Tal entendimento parece tanto mais plausível se se considera que o Supremo Tribunal Federal, tal como o *Bundesver-*

92. Essa orientação, que é dominante na doutrina germânica (Cf., *infra* III, 4, b, (bb)), parece corresponder, tal como demonstrado acima, à natureza e aos objetivos do processo de controle abstrato adotado no Brasil desde a Emenda n. 16, de 1965. Deve-se assinalar, porém, que a doutrina constitucional italiana e, mais recentemente, a doutrina espanhola e portuguesa atribuem eficácia extremamente reduzida à “sentença de rejeição de inconstitucionalidade”. Tal como observado por Zagrebelsky, “le decisioni di rigetto della corte costituzionale possegono dunque un’efficacia assai limitata, e comunque non paragonabile a quella propria del giudicato di cui sono fornite regola sentenze della giurisdizione comune” (*La giustizia costituzionale*, Bolonha, 1977, p. 185). Também Bocanegra Sierra rejeita a possibilidade de se outorga eficácia à sentença confirmatória da constitucionalidade, porquanto “esa sentencia dispondría de un valor superior al de las leyes mismas, un valor constitucional totalmente inaceptable en un instrumento jurídico de esa clase, que vendría a poner en cuestión, por lo demás, muy seriamente, el progreso y la capacidad de cambio y adaptación de la Constitución, al volver definitivamente el sistema hacia uno de los polos que en esta materia entran en tensión” (Cf. Sierra Bocanegra, Raul, *El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Madri, 1982, p. 254). No mesmo sentido é a opinião de Gomes Canotilho e de Jorge Miranda em relação à sentença de rejeição de inconstitucionalidade proferida pela Corte Constitucional portuguesa (Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 1992, p. 1.089, Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, 1983, t. II, p. 384).

fassungsgericht,⁹³ não está adstrito, na representação de inconstitucionalidade, aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial.⁹⁴

Por influência direta da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos, a Emenda Constitucional n. 3 outorgou eficácia contra todos (força de lei) e efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.⁹⁵

Cabe, assim, indagar sobre alguns dos aspectos mais relevantes desses institutos para a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade.

(bb) *Eficácia erga omnes e a declaração de constitucionalidade*

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão de que lei questionada é constitucional, então afirmará expressamente a sua constitucionalidade, julgando procedente a ação declaratória proposta.

Tal como expressamente previsto na Emenda Constitucional n. 3, essa decisão tem eficácia geral, sendo dotada de efeito vinculante para os órgãos judiciais e para as autoridades administrativas.

Do prisma estritamente processual, a eficácia geral ou *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida uma vez mais ao Supremo Tribunal Federal.

93. Cf., *BVerfGE* 1, 14 (41); Ver, também, Hartmut Söhn, “Die abstrakte Normenkontrolle”, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, v. I, p. 292 (317).

94. Cf., a propósito, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, p. 268; Ver, também, RISTF, art. 175, parágrafo único.

95. Cf., *supra*, III, 1.

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

A validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente.⁹⁶ Não fica o legislador, igualmente, impedido de alterar ou mesmo de revogar a norma em questão.

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

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

A questão suscitou controvérsias na Alemanha.

A força de lei (*Gesetzeskraft*) da decisão do *Bundesverfassungsgericht* que confirma a constitucionalidade revelar-se-ia problemática se o efeito vinculante geral, que se lhe reconhece, impedisse que o Tribunal se ocupasse novamente da questão.⁹⁷

Por isso, sustentou Vogel que a aplicação do disposto no § 31, (2), da Lei orgânica do Tribunal, às decisões confirmatórias somente tem significado para o dever de publicação, uma vez que a lei não pode atribuir efeitos que não

foram previstos pela própria Constituição.

Do contrário, ter-se-ia a possibilidade de que outras pessoas não vinculadas pela coisa julgada ficassem impedidas de questionar a constitucionalidade da lei, o que acabaria por atribuir à chamada eficácia *erga omnes* (força de lei) o significado da autêntica norma constitucional.⁹⁸

É o que afirma na seguinte passagem de seu estudo sobre a eficácia das decisões da Corte Constitucional:

“A proteção para as decisões confirmatórias da Corte Constitucional que transcendesse a própria coisa julgada não encontraria respaldo no art. 94, II, da Lei Fundamental. Semelhante proteção, que acabaria por impedir que pessoas não atingidas pela coisa julgada sustentassem que a decisão estaria equivocada e que, em verdade, a lei confirmada seria inconstitucional, importaria a conversão da força de lei (*Gesetzeskraft*) em força de Constituição (*Verfassungskraft*). (...) O § 31, II, da Lei orgânica da Corte Constitucional faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade; Essa ampliação somente se aplica, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê (...)”⁹⁹

Nem a Lei Fundamental nem a Lei orgânica da Corte Constitucional autorizam essa conclusão, seja porque a norma constitucional autoriza expressamente o legislador a definir as decisões da Corte Constitucional que devem ser dotadas de força de lei, seja porque o legislador não restringiu a eficácia *erga*

98. Vogel, “Rechtskraft und Gesetzeskraft”, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, p. 568-613.

99. Vogel, “Rechtskraft und Gesetzeskraft”, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, p. 568-(613).

omnes apenas às decisões de índole cassatória.

É certo, por outro lado, que a conclusão de Vogel afigurava-se obrigatória se, tal como ressaltado por Bryde, se reconhecesse a força de lei (*Gesetzeskraft*) prevista no § 31, (2) da Lei orgânica da Corte Constitucional como instituto jurídico de caráter material.¹⁰⁰

Se, todavia, se considera a força de lei, tal como a doutrina dominante, como instituto especial de controle de normas e, por isso, como um instituto de índole processual,¹⁰¹ não expressa ela mais do que a idéia de que o Tribunal não pode, num novo processo, proferir decisão discrepante da anteriormente proferida.¹⁰²

Convém registrar, a propósito, o pensamento de Bryde:

“Essa idéia (que reduz a força de lei, nos casos de declaração de constitucionalidade, ao simples dever de publicação) somente se afigura obrigatória se se considerar a força da lei nos termos do § 31, II da Lei orgânica da Corte constitucional como um instituto de caráter material. Efetivamente, uma decisão da Corte Constitucional não pode transformar uma lei inconstitucional

100. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 408.

101. Brox, “Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht”, in: *Festschrift für W. Geiger*, p. 809 (818); Sachs, *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, p. 292; Maunz, in: Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, n. 42; Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 409.

102. Lange, *Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, JuS 1978, p. 1 (6 s.); Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 408.

em uma lei conforme à Constituição. Todavia, se se contempla a *força de lei* como instituto de coisa julgada específico para o controle de normas, então a vinculação *erga omnes* não significa uma *convalidação* (*Heilung*) de eventual inconstitucionalidade da lei confirmada, mas, tão-somente, que essa questão já não mais poderá ser suscitada no processo constitucional. Contra essa concepção não se levantam objeções de índole constitucional. A idéia de Estado de Direito (mais exatamente, a vinculação constitucional da atividade legislativa, art. 20) exige a possibilidade de controle de normas, mas não impõe a abertura de incontáveis vias para esse fim.¹⁰³

Não se pode cogitar, portanto, de superação ou de convalidação de eventual inconstitucionalidade da lei que não teve a sua impugnação acolhida pelo Tribunal.¹⁰⁴

A fórmula adotada pelo constituinte brasileiro não deixa dúvida, também, de que a decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Independentemente de se considerar a eficácia *erga omnes* como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais,¹⁰⁵ é

103. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 408-409.

104. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 408; Maunz, in: Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, n. 37.

105. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 406.

certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição.

(cc) *A declaração de constitucionalidade da norma e a reapreciação da questão pelo Supremo Tribunal*

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

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

“Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o Tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas (*Lebensverhältnisse*) ou da

concepção jurídica geral pode levar a essa alteração.¹⁰⁶

Na mesma linha de entendimento, fornece Bryde resposta afirmativa à indagação:

“Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o acaso da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções. A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com o fundamento de que a lei se tornou inconstitucional após a decisão da Corte. (...) Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se

106. Brox, “Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht”, in *Festschrift für W. Geiger*, p. 809 (826).

controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das “relações fáticas”. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional (*Verfassungsverständnis*).¹⁰⁷

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 fáticas¹⁰⁸ ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.¹⁰⁹

Também entre nós se reconhece,¹¹⁰ tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny,¹¹¹ que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic*

107. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 412-413.

108. *BVerfGE* 33, 199; 39, 169.

109. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 409; Brox, “Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht”, in *Festschrift für W. Geiger*, p. 809 (818); Stern, *Bonner Kommentar*, Art. 100, n. 139; Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, p. 228.

110. Cf. RE 105.012, Relator: Ministro Néri da Silveira, *RTJ* 136/734 (758).

111. Cf. Liebman, Enrico Tulio, *Eficácia e Autoridade da Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, 1984, p. 25-26: “De certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* (Savigny, *Sistema* (trad. ital), VI, p. 378), enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença (...). O que há de diverso nestes casos — refere-se às chamadas sentenças determinativas ou dispositivas — não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida

stantibus,¹¹² de modo que as alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).¹¹³

Daí parecer-nos plenamente legítimo que se argúa perante o Supremo Tribunal Federal¹¹⁴ a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta de constitucionalidade.

(dd) a declaração de inconstitucionalidade e a eficácia erga omnes

Como observado, é possível que o Tribunal reconheça a improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade. Nesse caso, terá de declarar a inconstitucionalidade da norma objeto da ação.

Em face dos termos expressos do texto constitucional, não subsiste dúvida de que a decisão de mérito — reconheça ela a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade — é dotada de eficácia contra todos. Significa dizer que declarada a inconstitucionalidade de uma norma, na ação declaratória de consti-

determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo, por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente.”

112. Cf., também, dentre outros, Adolfo Schönke, *Derecho Procesal Civil*, tradução da 5.ª edição alemã, Barcelona, 1950, p. 273 s.

113. Mendes, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, p. 73.

114. O Supremo Tribunal reconhece expressamente a possibilidade alteração da coisa julgada provocada por mudança nas circunstâncias fáticas (Cf., a propósito, RE 105.012-8, Relator, Ministro Néri da Silveira, *DJ* 1.7.88.

tucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico.

Eventual aplicação dessa norma após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula inexistente.

Poder-se-ia indagar, porém, se a eficácia *erga omnes* teria o condão de vincular o legislador, de modo a impedir-lo de editar norma de teor idêntico àquela que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina tedesca, firme na orientação segundo a qual a eficácia *erga omnes* — tal como a coisa julgada — abrange exclusivamente a parte dispositiva da decisão, responde negativamente à indagação.¹¹⁵ Uma nova lei, ainda que de teor idêntico ao do texto normativo declarado inconstitucional, não estaria abrangida pela força de lei.

Também o Supremo Tribunal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não obsta ao legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto censurado. Tanto é assim, que, nessas hipóteses, tem o Tribunal processado e julgado a nova ação (ou representação).¹¹⁶

(ee) A declaração de constitucionalidade e o efeito vinculante

(aaa) Considerações Preliminares

Se a eficácia *erga omnes* qualifica a decisão proferida na ação declaratória

115. Cf., Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3.ª ed., Munique, 1991, p. 333; Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 407.

116. Cf., Representação n. 1.348 (liminar), Relator: Ministro Célio Borja, *RTJ* 124/59 s., que suspendeu a eficácia da Lei 5.032/1986, de São Paulo, tendo em vista que suas normas reiteravam disposições da Lei 4.002, de 1984, já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

de constitucionalidade, devemos indagar sobre os atributos do efeito vinculante da decisão definitiva de mérito nesse processo.

A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, introduziu entre nós a chamada representação interpretativa. Ao disciplinar referido instituto, consagrou o Regimento do Supremo Tribunal Federal (Emenda regimental n. 7, de 23.8.1978), no art. 187, que, “a partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”. Ao analisar essa disposição, acentuou o Ministro Néri da Silveira que, após o julgamento, o sentido e alcance da lei ou do ato normativo federal ou estadual são os fixados na interpretação proclamada, “implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”.¹¹⁷

A despeito de alguma inevitável semelhança com o efeito vinculante relativo à representação interpretativa, é certo que o instituto introduzido pela Emenda 3, de 1992, está estritamente vinculado ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante à decisão proferida nos processos de controle de constitucionalidade.

Tal como mencionado acima, a proposta formulada ressaltava que se estava a introduzir, entre nós, instituto de todo novo, cujo objetivo era outorgar maior

117. Néri Silveira, “O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa”, in *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*, Universidade de Brasília, 1982, p. 131 (149).

eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos determinantes (*tragende Gründe*).

Embora a Emenda 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original.

Assim, parece legítimo, também aqui, que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto.

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

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

(1) Os órgãos estatais que integraram o processo no qual foi proferida a decisão estão, nos termos do § 31, I, obrigados a observar e a executar o julgado, devendo empreender todas as medidas necessárias ao restabelecimento de um estado de legitimidade (*imperativo de revogação e de anulação: Gebot der Selbstaufhebung und Rückabwicklung*), exigências essas que não decorrem diretamente da coisa julgada material;¹¹⁸

(2) Eles estão vinculados, igualmente, à orientação estabelecida pelo Tribunal no que diz respeito à conduta futura, de modo que do efeito vinculante decorre — tal como da coisa julgada material — uma *proibição de repetição ou de reiteração (Wiederholungsverbot)*.¹¹⁹

118. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 321.

119. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 321.

(3) Portanto, se a parte dispositiva contiver expressa censura a uma ação legislativa ou administrativa dos órgãos constitucionais, ficam eles obrigados não só a afastar a lesão, como também a evitar que ela se repita. Identifica-se aqui, dentre outros, um dever de abstenção (*Unterlassungspflicht*). Ao contrário, se a decisão exigir uma conduta ativa — v.g., se a parte dispositiva contiver uma censura a uma omissão legislativa —, então deve o órgão estatal atuar com vistas a sanear a situação ilegítima.¹²⁰

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

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

(2) Declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual, ficam os órgãos constitucionais de outros Estados, nos quais vigem leis de teor idêntico, obrigados a revogar ou a modificar os referidos textos legislativos;¹²¹

(3) Também os órgãos não participes do processo ficam obrigados a observar, nos limites de suas atribuições, a decisão proferida, sendo-lhe vedado adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional pelo Bundesverfassungsgericht (*proibição de reiteração em sentido lato: Wiederholungsverbot im weiteren Sinne oder Nachahmungsverbot*).¹²² A Lei do Bundesverfassungsgericht autoriza o Tribunal, no processo de *Verfassungsbes-*

120. Maunz, in: Maunz dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, I, n. 24.

121. Cf. *BVerfGE* 40, 88; Ver, também, Maunz, in: Maunz, dentre outros, § 31, I, n. 25.

122. Cf. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 323.

chwerde (recurso constitucional), a incorporar a proibição de reiteração da medida considerada inconstitucional na parte dispositiva da decisão (§ 95, I, 2).¹²³

(bb) *Limites objetivos do efeito vinculante*

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão (*Urteilstenor: Entscheidungsformel*) ou se ele se estende também aos chamados *fundamentos determinantes (tragende Gründe)*, isto é, aos fundamentos decisivos para a obtenção do resultado consagrado na decisão (*conditio sine qua non*), ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as *coisas ditas de passagem*, isto é, os chamados *obiter dicta*.¹²⁴

A Corte Constitucional alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*), previsto no § 31, I, da Lei orgânica do Tribunal como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte) exatamente por tornar obrigatória não apenas a observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos cha-

mados fundamentos determinantes (*tragende Gründe*). Os órgãos e autoridades federais e estaduais, bem como os juizes e Tribunais estariam, assim, vinculados às assertivas abstratas (*abstrakte Rechtsaussagen*) da Corte constitucional. A decisão não resolveria apenas caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro.¹²⁵

Segundo esse entendimento, 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 hão de ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada (força de lei) e o efeito vinculante.¹²⁶

Evidentemente, a diferença entre as duas posições extremadas não é meramente semântica ou teórica,¹²⁷ apresentando profundas conseqüências também no plano prático.

Enquanto o entendimento esposado pelo *Bundesverfassungsgericht* importa não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em

123. Cf., § 95, I, 2.º período, da Lei do Bundesverfassungsgericht: "O Bundesverfassungsgericht pode estabelecer também que qualquer repetição da providência questionada configura lesão à Lei Fundamental" (... Das Bundesverfassungsgericht kann zugleich aussprechen, dass auch jede Wiederholung der beanstandeten Massnahme das Grundgesetz verletzt).

124. Cf. Maunz, in: Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, I, n. 16.

125. Cf. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 413.

126. Cf., sobre o assunto, Wischermann, Norbert, *Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Berlin, 1979, p. 42.

127. Atrás da discussão sobre a amplitude do *efeito vinculante* reside uma questão mais profunda, relativa à própria idéia de *jurisdição constitucional (Verfassungsgerichtsbarkeit)* (Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, p. 43).

toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequarem a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão,¹²⁸ considera a concepção que defende uma interpretação restritiva do § 31, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que o efeito vinculante há de ficar limitado à parte dispositiva da decisão, realçando, assim, a qualidade judicial da decisão.¹²⁹

A história legislativa do § 31, (1), da Lei orgânica do Tribunal não deixa dúvida de o legislador pretendeu, efetivamente, outorgar eficácia transcendente à decisão proferida pela Corte Constitucional,¹³⁰ de modo que uma

128. Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, p. 45.

129. Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, p. 43.

130. Antecessor direto da disposição contida no § 31, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, é o art. 99, I do Anteprojeto de Constituição do Convento de Herrenchiemsee (*Entwurf des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee*): "As decisões do *Bundesverfassungsgericht* e as ordens emanadas para o seu cumprimento são vinculantes para todos os Tribunais e autoridades administrativas" (*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und seine zu ihrer Durchführung erlassenen Anordnungen sind für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend*). Referida disposição não foi incorporada ao texto definitivo da Lei Fundamental, mas logrou ser introduzida no texto da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, graças à iniciativa do Governo, que, assim, justificava a sua adoção: "A vinculação dos órgãos da União e dos Estados, bem como a dos Tribunais e autoridades administrativas prevista no parágrafo 1.º obriga não só as partes do processo a observar a decisão concreta proferida, especialmente a revogar ou a modificar as medidas com ela incompatíveis, mas também todos os órgãos, tribunais e autoridades da União e dos Estados a observarem, em suas providências, a decisão, enquanto subsistente a orientação fixada pelo *Bundesverfassungsgericht*" (Cf., Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 320-321).

interpretação histórica ou genética autoriza concluir pela extensão do efeito vinculante aos chamados fundamentos determinantes da decisão.¹³¹

A orientação esposada pela Corte Constitucional parece condizente com o papel institucional relativo à preservação e ao desenvolvimento do direito constitucional que semelhantes instituições devem desempenhar em dado modelo.

Por isso, assevera Bryde que se se admite que determinada decisão, ao lado da solução para determinado caso, contém também assertivas que podem (e devem) vincular outros órgãos estatais diversos daqueles eventualmente envolvidos na questão, então se pode generalizar essa norma concreta (*Konkretes Gebot*) para considerar que, nas mesmas condições, conduta semelhante é permitida, proibida ou exigida.¹³²

Raciocínio semelhante há de ser desenvolvido entre nós. De um lado, parece inequívoco o propósito do legislador constituinte, tal como expresso na emenda Roberto Campos, posteriormente assimilada pelo substitutivo do Deputado Luis Carlos Hauly. De outro, um entendimento que limitasse o efeito vinculante à parte dispositiva da decisão acabaria por confundir, em grande parte, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, que foram concebidos como categorias jurídicas diversas.

Com o efeito vinculante pretende-se conferir eficácia adicional à decisão, outorgando-se-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o

131. Cf., Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 420.

132. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 424.

conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada.¹³³

(ccc) Limite e significado do efeito vinculante na sua dimensão subjetiva

d) Vinculação do Supremo Tribunal Federal?

A primeira questão relevante no que concerne à dimensão subjetiva do efeito vinculante refere-se à possibilidade de vincular ou não o próprio Supremo Tribunal Federal.

Embora a Lei orgânica do Tribunal 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 implicaria em obrigar o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou já superadas.¹³⁴

A fórmula adotada pela Emenda n. 3, de 1993, parece excluir também o Supremo Tribunal Federal do âmbito de aplicação do efeito vinculante. A expressão referência ao efeito vinculante em relação "aos demais órgãos do Poder Judiciário" legitima esse entendimento.

De um ponto de vista estritamente material também é de se excluir uma

133. Cf., a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 428.

134. Cf., a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 426; Maunz, in: Maunz, dentre outros, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, § 31, I, n. 20.

autovinculação do Supremo Tribunal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, a fazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional.

Todavia, parece importante, tal como assinalado por Bryde, que o Tribunal se não limite a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas que o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior que explicita e justifique a mudança.¹³⁵

e) Vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo

Ao contrário do estabelecido na proposta original, o efeito vinculante ficou reduzido, no plano subjetivo, aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Reconhecida a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os Tribunais e órgão do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe-se que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada.¹³⁶

135. Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 426.

136. Cf., a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, p. 428.

É certo, pois, que a não-observância da decisão caracteriza grave violação de dever funcional, seja por parte das autoridades administrativas, seja por parte do magistrado (Cf., também, CPC, art. 133, I).

Em relação aos órgãos do Poder Judiciário convém observar que eventual desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal legítima a propositura de reclamação, pois estará caracterizada, nesse caso, inequívoca lesão à autoridade de seu julgado (CF, art. 102, I, "1").

Assim, se havia dúvida sobre o cabimento da reclamação no processo de controle abstrato normas,¹³⁷ a Emenda Constitucional n. 3 encarregou-se de espancá-la, pelo menos no que respeita às decisões proferidas na ação declaratória de constitucionalidade.

137. Cf., sobre o assunto, Reclamação n. 397, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 21.5.93.

4. Conclusão

Além das conclusões já firmadas, permitem as reflexões desenvolvidas sugerir sejam introduzidas as seguintes modificações na disciplina constitucional da ação declaratória de constitucionalidade:

— parece recomendável que se confira disciplina única aos institutos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, que, como visto, são categorias jurídicas de natureza idêntica, integrando-se no âmbito do processo de controle abstrato de norma;

— a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante devem ser atributos das decisões de mérito proferidas no controle abstrato de normas, independentemente de se tratar de ação declaratória de constitucionalidade ou de ação direta de inconstitucionalidade.

I — DOCTRINA

DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM

JANICE HELENA FERRARI

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP

Professora da Universidade São Francisco de Bragança Paulista

1. Introdução — 2. Conceitos — 3. A Imagem como Bem Jurídico Autônomo — 4. Limitações ao Direito de Imagem — 5. A Imagem no Direito Comparado — 6. A Imagem no Brasil — 7. Conclusão.

1. Introdução

A preservação da liberdade é um problema de todos os povos. Nos últimos tempos, ela tornou-se força motriz na filosofia dos homens e nações. A dignidade do homem e a garantia dos direitos fundamentais têm sido justas reivindicações das massas populares. Nesse sentido, os Estados têm se mantido vigilantes para assegurar aos cidadãos, pelo menos em termos da lei, a garantia dos Direitos Fundamentais. Procedendo-se a uma sumária análise pelas civilizações do mundo, há que se concluir que os povos avançaram rumo à liberdade, à igualdade e à segurança.

No que concerne ao Brasil, o capítulo dos Direitos do Homem e de suas Garantias Individuais, vem sendo tratado com especial atenção na nossa Lei Maior. Registra-se a respeito um destaque nunca antes verificado em outras Constituições brasileiras, a começar pelo fato de que o constituinte coloca os "Direitos e Garantias Fundamentais", logo após os "Princípios Fundamentais", que estão no Título I. Nos textos anteriores, os "Direitos e Garantias Fundamentais", dentre os quais estão os "Direitos Individuais" (art. 5.º), sempre estiveram localizados no final da Carta.

Essa preocupação do constituinte é decorrência da evolução social. Após o advento da fotografia, do telescópio, da televisão, das teleobjetivas, enfim, todo o desenvolvimento tecnológico com que contamos hoje, havia necessidade premente de inserir no direito constitucional, disposição específica que cuidasse da tutela da imagem, que até então, vinha sendo protegida com apoio no Código Civil, e nas reiteradas decisões jurisprudenciais. Não seria possível ao legislador, permanecer indiferente, quando os meios de comunicação de massa, cada vez mais, se encarregam de realizar um tipo de expropriação da vida privada, em nome da curiosidade pública.

Resguardar a paz e o equilíbrio do homem, oferecendo-lhe a possibilidade de estar só, é função do direito, uma vez que a revolução da tecnologia vem sendo conduzida de maneira avassaladora, sem preocupações éticas e muitas vezes até, sem diretrizes morais.

A intimidade, bem como a imagem, estão entre os direitos da personalidade. A divulgação indevida da imagem, viola o direito de seu titular, pois a imagem é uma expressão da personalidade do indivíduo, e como tal, um bem para o direito.

A Carta Constitucional de 1988 cuidou da imagem, especificamente, no art.