

CONFERÊNCIAS & DEBATES

ASPECTOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

EXPOSITOR: PROF. GILMAR FERREIRA MENDES

O Prof. Gilmar Ferreira Mendes: Exmo. Prof. Geraldo Ataliba, Exmo. Dr. Homar Cais, Prezados Juízes, Dra. Cleide, minhas Senhoras e meus Senhores.

Com muita honra que aceitei o convite formulado para proferir algumas palavras sobre a questão da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos.

Não tenho nenhuma pretensão de exaurir o tema, até porque são muitas as dúvidas e perplexidades que marcam a questão no atual momento, sobretudo após o advento da Constituição de 1988.

Sem dúvida, a Constituição de 1988 introduziu significativas mudanças no nosso sistema de controle de constitucionalidade.

É certo que algumas alterações suscitam, ainda hoje, dúvidas e perplexidades pelo seu conteúdo inovador e, muito provavelmente, pela falta de uma reflexão mais profunda na doutrina sobre os seus fundamentos e desenvolvimentos. É o que se constata no tocante ao mandado de injunção e à ação de inconstitucionalidade por omissão. É o que se verifica, igualmente, no que concerne às dificuldades de compatibilização entre o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, e o recurso extraordinário, apresentado ao Supremo Tribunal Federal.

É verdade que o chamado controle difuso foi mantido íntegro, reconhecendo-se

a todo Juiz ou Tribunal o poder-dever de afastar a aplicação da lei inconstitucional no caso concreto.

Manteve-se igualmente a exigência, introduzida em 1934, de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo somente deva ser proferida, nos Tribunais, pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial.

Também a representação interventiva — matriz em nosso Direito da hoje ação direta de inconstitucionalidade e que foi introduzida em 1934, destinando-se a garantir a observância de princípios basilares da ordem federativa, os chamados princípios sensíveis — sofreu uma significativa alteração. A representação, destinada a assegurar a execução de lei federal, passou a ser da competência do Superior Tribunal de Justiça.

Manteve-se na esfera da competência do Supremo Tribunal Federal a representação destinada a aferir a alegação de afronta aos chamados princípios sensíveis.

O controle abstrato de normas, cuja instauração no modelo anterior constituía monopólio do Procurador-Geral da República, ganhou quase a dimensão de uma ação popular de inconstitucionalidade com a outorga de legitimidade a diversos órgãos e entidades, como os partidos políti-

cos, as confederações sindicais e as organizações de classe de âmbito nacional.

Não pararam aí as inovações.

Determinou-se expressamente no artigo 103, § 3º: "Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado".

Na esfera estadual, assegurou o constituinte a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando expressamente a atribuição do direito de propositura a um único órgão ou entidade.

Cria-se, assim, um duplo mecanismo de defesa direta contra a inconstitucionalidade de atos normativos estaduais, tornando possível submeter o mesmo ato ao controle do Tribunal de Justiça, que apreciará a matéria com base no parâmetro normativo estadual — a Constituição Estadual — e do Supremo Tribunal Federal, ao qual compete aferir a constitucionalidade dos atos normativos tendo como parâmetro a Constituição Federal.

Por outro lado, conferiu o constituinte amplo significado ao chamado controle da omissão, instituindo — como já mencionado — o mandado de injunção, destinado à defesa de direitos individuais constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A par desse amplíssimo modelo de controle abstrato, criou o constituinte, no artigo 102, parágrafo único, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal, na forma da lei.

Trata-se de inovação, salvo melhor juízo, sem qualquer paradigma nos diferentes sistemas de controle de constitucionalidade.

Embora seja possível e necessário identificar os princípios fundamentais de determinado ordenamento constitucional, não se costuma outorgar-lhes proteção processual específica ou diferenciada.

A aferição da eventual ofensa às regras disciplinadoras da revisão ou aos princípios protegidos por cláusula de intangibilidade faz-se, normalmente, mediante controle abstrato ou através de outra modalidade de controle de normas.

A Constituição outorgou, ainda, ao Congresso Nacional, a competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Restaura-se assim, parcialmente, disposição adotada pela Constituição de 1934, que confiava esse mister ao Senado Federal.

Essa competência não parece, em princípio, compatível com um sistema de jurisdição constitucional forte, como o estabelecido pela Constituição de 1988, pois, como já observado por Pontes de Miranda a propósito da Constituição de 1934, transfere-se com ele um pouco o papel de corte constitucional ao órgão político.

Indubitavelmente, a combinação do sistema difuso de controle de constitucionalidade com um amplo modelo de controle abstrato de normas — confiado, no que diz respeito às leis estaduais e federais, expressamente ao Supremo Tribunal Federal — ressalta uma característica relevante do sistema de controle constitucional brasileiro. Proceda-se à incorporação de um típico instrumento de controle concentrado dos tribunais constitucionais — a ação direta — ao sistema difuso.

Quem se dispuser a analisar sistematicamente a evolução do controle de constitucionalidade, no Direito brasileiro, haverá de constatar que lenta e gradualmente o Supremo Tribunal Federal consolida-se como autêntica corte constitucional, que não somente possui o monopólio da censu-

ra em relação aos atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal no âmbito do controle abstrato de normas, como também detém a última palavra sobre a constitucionalidade das leis na sistemática do controle incidental, pelo menos em última instância, através do recurso extraordinário.

Feitas essas considerações introdutórias, duas palavras sobre o nosso chamado "controle incidental" ou "controle concreto de normas".

Como todos sabem, o controle de constitucionalidade concreto ou incidental — tal como desenvolvido entre nós — é exercido por qualquer órgão judicial no curso de processo de sua competência. A decisão que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia indispensável ao julgamento do mérito, tem o condão apenas de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorrer-se à suspensão da execução pelo Senado das leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão de constitucionalidade pode tanto ser suscitada pelas partes como pelo Ministério Público, ou reconhecida *ex officio* pelo Juiz ou Tribunal. Todavia, como já mencionado, perante o Tribunal a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser pronunciada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do Órgão Especial.

Talvez valha a pena nos referirmos brevemente à chamada "suspensão da execução da lei" pelo Senado Federal, mantida — estranhamente, a meu ver — no modelo constitucional estabelecido pela Constituição de 1988.

Como todos devem saber, esse instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1934. Confiou-se ao Senado Federal — que, então, tinha o papel de órgão coordenador das atividades de Poderes — a faculdade de suspender a execução dos atos normativos

declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse instituto foi incorporado a todas as Constituições que sucederam a Constituição de 1934 e foi preservado — como já mencionado — pelo constituinte de 1988.

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

Não se tratava, à evidência, da única alternativa. Nem se pode afirmar que o Constituinte de 1934 tenha optado pela solução mais moderna.

Na própria Assembléia Constituinte foi apresentada a 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 da proposta a 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 reconhecia eficácia *erga omnes* aos pronunciamentos da Corte Constitucional. E, mesmo aqui, não havia originalidade.

Anteriormente, já sob o modelo da Constituição de Weimar, de 1919, em relação ao artigo 13, § 2º daquela Constituição, outorgou-se força de lei aos pronunciamentos dos tribunais superiores alemães — do *Reichsgerichts* e do *Staatsgerichtshof* — mas, se à época em que foi introduzido no nosso ordenamento constitucional esse instituto já não se mostrava uma criação das mais avançadas, é certo que ele se tor-

nou manifestamente obsoleto sob o império da Constituição de 1988.

Se se admite que a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas tem eficácia *erga omnes*, como justificar razoavelmente que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, deva ter eficácia limitada às partes? Por que condicionar a eficácia geral dessa decisão a um ato do Senado Federal se se admite hoje, até com certa naturalidade, que o Supremo Tribunal Federal pode suspender liminarmente a eficácia de qualquer ato normativo, inclusive de uma emenda constitucional, no processo de controle abstrato de normas?

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

Assim, eventual reforma que venha a ter por escopo corrigir a estrutura constitucional do Poder Judiciário não deveria deixar de conter proposta de supressão do disposto no artigo 52, X, da Constituição, atribuindo-se eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, também no caso concreto.

Feitas essas considerações sobre o chamado controle concreto, duas palavras sobre a conhecida representação interventiva.

Este processo, introduzido também em 1934 e destinado fundamentalmente à defesa dos chamados princípios constitucionais sensíveis — os princípios federativos básicos — deveria ser instaurado por iniciativa do Procurador-Geral da República que, além de Chefe do Ministério Público Federal, era também o Chefe da Representação Judicial da União.

Embora esse instrumento tenha sido de-

envolvido entre nós sobretudo a partir de 1946 como típico instrumento ou instituto de controle de normas, é evidente que se tratava fundamentalmente de um instrumento de composição judicial de conflitos entre a União e os Estados. Conflito que se acendia em virtude do desrespeito eventual aos chamados princípios sensíveis.

Como já observado, a Constituição de 1988 houve por bem separar a representação interventiva destinada a assegurar a observância dos princípios sensíveis — que confiou ao Supremo Tribunal Federal — e aquela destinada a assegurar a chamada execução da lei federal, que está confiada ao STJ.

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

De resto, questão envolvendo negativa de execução de lei federal pelo Estado-membro parece ter inevitavelmente conteúdo constitucional, uma vez que, nesse caso, ou a unidade federada está a negar observância a dever imposto pela própria ordem federativa em afronta flagrante à Constituição, ou a União está a invadir o âmbito de competência legislativa reservada aos Estados, afrontando pois a sistemática de distribuição de competência constitucionalmente estabelecida.

Vê-se, pois, que nesse passo não foi feliz o Constituinte de 1988.

Afigura-se, portanto, recomendável a restauração do modelo anterior, que confiava exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento da representação interventiva.

Em relação a esse processo vale dizer que, salvo no que diz respeito talvez à execução de lei federal, ele perdeu o sentido prático. Resta hoje, e talvez aí seja uma reminiscência, para que nós saibamos que essa é a matriz da nossa ação

direta de inconstitucionalidade. Não tem mais qualquer significado prático, até porque ninguém haverá de trilhar o caminho da representação interventiva quando os seus resultados, inclusive com eventual pedido de liminar, pode ser obtido, pelo menos em relação a atos normativos, com base na instauração do controle abstrato de normas através da ação direta de inconstitucionalidade.

Passemos, portanto, a nos referir ao controle abstrato de normas.

Todos sabem. O controle abstrato de normas foi introduzido no Direito Constitucional Brasileiro pela Emenda n. 16, de 1965.

Aparentemente, o legislador constituinte não tinha plena consciência da amplitude do mecanismo institucional que estava sendo adotado.

Na exposição de motivos encaminhada ao Presidente da República, o Ministro da Justiça esclarecia que, afeiçoada no rito à ação direta para fins de intervenção, a representação — limitada em sua iniciativa — tinha o mérito de facultar desde logo a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedentes que haveriam de orientar o julgamento dos processos congêneres.

À comissão encarregada de apreciar o projeto no Congresso Nacional pareceu que a fórmula proposta configurava apenas uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do artigo 8º da Constituição de 1946, relativa à representação interventiva, tornando igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida.

Considerava-se, pois, que o instituto haveria de contribuir para a economia processual, atenuando-se a sobrecarga de processos do Supremo Tribunal Federal com a imediata solução de controvérsias constitucionais.

Supunha-se, igualmente, que se estava a dilatar o campo do controle de constitucionalidade, antes restrito ao âmbito da lei estadual, para a esfera federal.

Tem-se aqui uma inequívoca demonstração de que a lei pode ser mais inteligente do que o legislador.

No intuito de estender o controle de constitucionalidade, em tese, às leis federais e com vistas a formar desde logo precedentes que orientassem o julgamento dos processos congêneres, o constituinte acabou por consolidar entre nós um novo e peculiar modelo, aperfeiçoando de forma marcadamente original o sistema de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro e marcando a ruptura com o sistema difuso.

É bem verdade que esse modelo de confiar a representação de inconstitucionalidade ao Procurador-Geral da República ou ao Chefe do Ministério Público já fora pensado ou cogitado por Kelsen em 1928. As imperfeições que se deixam identificar nesse modelo decorreram fundamentalmente da falta de independência do Órgão do Ministério Público. As condições políticas, então vigentes, dispensam maiores comentários.

Não se pode negar, todavia, que muitas decisões importantes foram proferidas no processo de controle abstrato de normas no período que antecedeu o advento da Constituição de 1988, tais como as decisões nas quais se reconheceu a existência do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional e os inúmeros acórdãos nos quais o Tribunal firmou a jurisprudência sobre a indispensabilidade do serviço público para o provimento de cargos.

É possível, todavia, que o maior mérito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle abstrato de normas, no período anterior, resida na precisa identificação da natureza desse processo.

Ao reconhecer que o autor era titular da ação apenas para o efeito de representar ou não, ao enfatizar o inegável conteúdo político dessa ação, ao consagrar que pelas suas próprias características a decisão proferida nesse processo haveria de ser dotada de eficácia *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal consolidou obra de envergadura, logrando identificar esse processo como autêntico processo objetivo unilateral, no qual o autor atua como autêntico advogado da Constituição.

É interessante notar que — ao contrário dos sistemas dotados de um tribunal constitucional especial, nos quais o processo de controle abstrato de normas é apenas uma modalidade processual entre as diversas formas de controle de normas — o controle abstrato de normas representa, no nosso sistema, a única possibilidade de se atacar diretamente, perante o Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de uma lei estadual ou federal.

Sob essa perspectiva, pode-se afirmar que o controle abstrato de normas preenche uma função supletiva e uma função corretiva do modelo incidente ou difuso. Ele possibilita a aferição direta da constitucionalidade de leis que, pela via incidental, jamais teriam a sua constitucionalidade examinada judicialmente, porque elas não seriam — em princípio — aptas a ser submetidas como questão preliminar numa controvérsia concreta.

O controle abstrato de normas tem também uma função corretiva na medida em que, através da decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permite superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contrariedade dos julgados proferidos por diferentes Juízes sobre a mesma matéria.

Como já referido, o texto constitucional de 1988 estabeleceu, confiou ao Advogado-Geral da União o dever de, citado, defender o ato impugnado. É difícil imaginar

o que pretendeu o constituinte ao designar um órgão do Poder Executivo Federal para proceder à defesa de atos dos demais Poderes Federais, bem como dos atos normativos editados pelos Estados-membros.

Se efetivamente pretendia criar um autêntico processo contraditório, tem-se de reconhecer que não logrou concretizar o seu intento. Basta considerar que o Presidente da República tem legitimidade para provocar o Supremo Tribunal Federal no controle abstrato, e ao Advogado-Geral da União — nos expressos termos do artigo 131, *caput* — incumbe prestar consultoria e assessoria jurídica ao Poder Executivo Federal.

Assim, como poderá o Advogado-Geral da União defender o ato impugnado quando se tratar de arguição formulada pelo próprio Chefe do Executivo?

Nesse caso ter-se-ia a seguinte situação: enquanto consultor jurídico do Presidente da República, caberia ao Advogado-Geral da União desenvolver argumentos e formular pareceres que demonstrassem a inconstitucionalidade da lei a ser impugnada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do artigo 103, § 3º, da Constituição deveria o Advogado-Geral da União defender o ato que, enquanto assessor jurídico do Executivo, acabou de impugnar. É possível que se tente contornar esse obstáculo com a indicação de substituto imediato para o cumprimento de uma ou outra tarefa.

O absurdo é patente!

Embora não se possa negar que sob muitos aspectos o processo constitucional é fruto de uma ficção, é fácil de ver que não se pode levar a ficção a esses extremos.

Caberia indagar, ainda, se o Advogado-Geral da União deveria defender ato manifestamente inconstitucional.

Em princípio não se pode exigir que órgão instituído pela Constituição veja-se na contingência de propugnar pela legitimidade de atos contrários ao ordenamento básico, em flagrante ofensa ao postulado imanente da fidelidade constitucional, que marca e vincula todos os órgãos. Se a resposta pudesse ser afirmativa, teríamos de reconhecer que a Constituição brasileira acabou por instituir a advocacia da inconstitucionalidade.

Em verdade, tais considerações parecem legitimar a idéia de que, a despeito da concepção e formulação gravemente defeituosa, o constituinte somente pode ter assegurado ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação, dentro dos limites impostos pelo ordenamento constitucional.

Subsiste, portanto, o controle abstrato de normas, também entre nós, como um processo objetivo, sem partes, não contraditório. Um autêntico processo sem partes.

O exemplo tem, todavia, a virtude de mostrar que a natureza jurídica de alguns institutos impõe limites ao próprio constituinte. Não se pode livremente dar asas à criatividade, sob pena de se criarem teratologias.

Duas palavras sobre a problemática dos atos submetidos ao controle abstrato de normas.

Constitui firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à defesa dos atos pós-constitucionais ou à defesa da Constituição em face dos atos pós-constitucionais.

Eventual conflito entre a Constituição e leis pré-constitucionais haveria de ser resolvido de acordo com o princípio da *lex posterior derogat priori*.

Inicialmente o Supremo admitia, porém, que a questão sobre a constitucionalidade de atos anteriores à Constituição fosse submetida no juízo abstrato de constitucionalidade. E, por uma construção, resol-

via eventual conflito como uma questão preliminar. Essa posição foi, todavia, abandonada em favor do entendimento de que o processo de controle abstrato de normas destina-se à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais. Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição haverá de ser simplesmente resolvido segundo os princípios do direito intertemporal, uma vez que o controle abstrato de normas destina-se — segundo essa interpretação — à defesa da Constituição em vigor, em face, portanto, das leis pós-constitucionais. Competiria, assim, à jurisdição ordinária tanto quanto ao Supremo Tribunal Federal examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que nesse caso cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio da *lex posterior derogat priori*, e não de um exame de constitucionalidade.

Essa questão — como todos sabem — é polêmica e retira do controle abstrato de normas — e, portanto, da eficácia *erga omnes* do controle do Supremo Tribunal Federal — um sem-número de complexas questões constitucionais.

A aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade — como todos sabem — não é isenta de problemas, uma vez que ele pressupõe — o princípio da *lex posterior derogat priori* — em princípio a mesma, ou idêntica, ou semelhante densidade normativa entre os atos confrontados. Esse fato é expressamente contemplado no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que disciplinou a utilização do princípio da *lex posterior derogat priori* ao estabelecer que uma derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto. Portanto, pode-se afirmar que esse princípio pressupõe a existência de densidade normativa idêntica ou semelhante, sendo orientado sobretudo para a substituição do Direito antigo pelo Direito novo.

Ora, a Constituição não se destina, todavia, a substituir normas de Direito ordinário. Assim, há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de hierarquias diferentes, o postulado da lei superior afasta outras regras de colisão. Do contrário, chegar-se-ia ao absurdo — destacado por Ibsen — de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior*, pudesse afastar a norma constitucional, enquanto lei geral ou lei anterior.

Os exemplos de várias cortes constitucionais modernas — como a Itália, a Alemanha, a Corte Portuguesa, que reconhecem a existência dessa chamada “inconstitucionalidade superveniente” em virtude do advento de nova Constituição ou de nova norma constitucional incompatível com o Direito anterior — parecem recomendar uma mais adequada reflexão e, talvez, uma revisão dessa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a propósito do tema.

Ainda sobre o objeto, uma outra questão embaraçosa é a aferição da constitucionalidade dos regulamentos no controle abstrato de normas.

Firmou o Supremo Tribunal Federal a jurisprudência no sentido de que questão de controle de constitucionalidade de regulamento não se coloca; trata-se de uma questão de legalidade e não de uma questão de inconstitucionalidade, e que o confronto há de se fazer, *prima facie*, com a lei ordinária e não com a Constituição. Com isso excluiu o Tribunal a possibilidade de verificar a configuração no controle abstrato de normas, de uma ofensa do exercente do poder regulamentar que se baseasse na não observância do princípio da reserva legal ou que se revelasse incompatível com o princípio da supremacia da lei.

A doutrina constitucional brasileira parte do princípio de que qualquer regulamento que ultrapasse os limites estabelecidos em lei é inconstitucional. A argumen-

tação é, todavia, bastante diferenciada. Entende-se que a não observância do fundamento legal configura uma ofensa contra o princípio da divisão dos Poderes.

Ressalte-se, igualmente, que o princípio da reserva legal estabelece na verdade o princípio da necessidade da lei em caso de limitação ou restrição a direitos individuais. De forma que a ruptura desse princípio por normas inferiores configura uma ofensa constitucional.

É certo que a inexistência de um sistema de controle judicial que permita a aferição da legitimidade da atividade regulamentar pode levar a uma desvalorização dos postulados da supremacia da Constituição, da própria supremacia da lei e da reserva legal.

A falta de um controle judicial expedido, nesses casos, pode tornar também flexível o princípio da divisão dos Poderes, permitindo assim afetar uma decisão fundamental do constituinte. Pode-se afirmar, portanto, que a insistência do Supremo Tribunal Federal na preservação de sua jurisprudência, que já era de consistência duvidosa na vigência da Constituição de 1967/69, poderá ter conseqüências sérias para a preservação do princípio do Estado de Direito, estabelecido no artigo 1º, e para os princípios basilares da supremacia da lei e da reserva legal.

Por outro lado, é certo que a consolidação desse entendimento poderá levar, indubitavelmente, ao esvaziamento da vinculação da administração e da jurisdição aos direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição.

Se o Supremo Tribunal Federal mantiver esse entendimento, seria de se cogitar eventualmente de se atribuir, numa reforma constitucional, essa competência num processo de controle abstrato de normas ao STJ.

Breves considerações farei também sobre a decisão no controle abstrato de normas.

Como todos sabem, no controle concreto de normas há o afastamento à declaração de não incidência da norma ao caso concreto. A eficácia *erga omnes* dessa decisão só haverá, em caso de decisão do Supremo Tribunal Federal, se o Senado suspender a execução da lei ou do ato normativo impugnado. Em caso de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Na representação interventiva temos, talvez, o único caso no Brasil patente, flagrante, de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, a par da peculiaridade do controle incidente, porque aqui se limita o Supremo Tribunal Federal a declarar que determinado ato é incompatível com a Constituição, mas reconhece a sua subsistência. Faz a comunicação ao Chefe do Poder Executivo, que deflagrará o processo interventivo suspendendo inicialmente o ato impugnado e, com isso, retirando-lhe inicialmente a eficácia.

Duas palavras então, agora, sobre o próprio controle abstrato.

O Supremo Tribunal Federal limita-se, no controle abstrato de normas, a proferir a declaração de inconstitucionalidade — que equivale aqui à nulidade — ou a afirmar a constitucionalidade, eventualmente com a utilização da chamada “interpretação conforme a Constituição”.

Uma indagação pertinente, no atual momento histórico, diz respeito a eventual compatibilidade da chamada declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade — desenvolvida no Direito Alemão e hoje adotada em outros sistemas, inclusive no sistema espanhol — com a nossa ordem constitucional.

Como já observado, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não significa qualquer novidade. Na decisão proferida na representação interventiva limita-se o Tribunal a constatar a incompatibilidade do ato estadual com

os chamados princípios sensíveis. Essa decisão, como referido, não cassa o ato impugnado, que continua a integrar o ordenamento jurídico até a sua eventual suspensão pelo Chefe do Poder Executivo.

Em decisão recente, houve por bem o Supremo Tribunal Federal admitir que as decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão têm caráter mandamental ou obrigatório. O Tribunal parte da idéia de que a chamada omissão legislativa envolve não só os casos em que o legislador permaneceu absolutamente inerte — a chamada omissão total — como também os casos em que ele cumpriu de maneira insatisfatória ou imperfeita a tarefa que lhe foi confiada pelo constituinte. Constituiu, portanto, hipótese de omissão legislativa aqueles casos nos quais se identifica a presença de uma norma, ainda que imperfeita.

Caberia indagar aqui se esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, que admite a existência entre nós da omissão parcial, não estaria a sugerir ou a permitir o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade nos casos, pelo menos, de omissão parcial.

Duas palavras sobre a nulidade da lei.

Como todos sabem, o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro.

A teoria da nulidade tem sido sustentada praticamente por todos os importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.

A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o de-

envolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro propriamente. Também a fundamentação dogmática da chamada nulidade de pleno direito — ou *ipso jure* — jamais se afigurou precisa entre nós. Assim, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse força de lei ou que pelo menos conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Daí a solução do constituinte de 1934, com a suspensão da execução da lei, através do Senado, com o propósito inequívoco de conferir força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo.

Nem o constituinte nem o legislador ordinário contemplaram expressamente a possibilidade de se conferir à decisão do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas, eficácia *erga omnes*. O Tribunal limitava-se, tal como no controle incidental, a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade também no processo de controle abstrato. A este caberia decidir sobre a definitiva suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional.

Apenas em 1974 deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da decisão proferida na representação interventiva, a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*. Essa orientação foi fixada de forma defini-

tiva em 1975, em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal.

Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada portanto, fundamentalmente, à natureza desse processo — natureza objetiva — e independia, portanto, de qualquer fundamento legal. Desde então não mais se coloca em dúvida, na doutrina e na jurisprudência, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida nesses processos.

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão, no processo de controle abstrato de normas, que disposições do direito federal ou do direito estadual revelam-se incompatíveis com a Constituição, então ele as declara por inconstitucionais. A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure e ex tunc*, não mais podendo ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal.

Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude.

Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas, adquiriu posteriormente quase o significado de uma verdade axiomática.

Há de se reconhecer, porém, que essa orientação tem efetivamente base constitucional. O princípio do Estado de Direito fixado no artigo 1º da Constituição, a aplicação imediata dos direitos fundamentais consagrada no § 1º do artigo 5º — e a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais que daí resulta — a imutabilidade dos princípios constitucionais no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional estão a revelar a inequívoca

pretensão de eficácia da Constituição e a supremacia de suas normas.

A possibilidade de exercer a pretensão a uma atividade legislativa mediante processo judicial ressalta igualmente o princípio da supremacia da Constituição.

O poder de que dispõe qualquer Juiz ou Tribunal, para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo, pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade.

Essa faculdade do Juiz, de negar a aplicação da lei inconstitucional, corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional e, em última instância, assegura-lhe a possibilidade de interpor o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição.

Tanto o poder do Juiz de negar a aplicação da lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de se negar a observar a lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Nessa medida, é imperativo admitir que o postulado da nulidade da lei tem hierarquia constitucional.

Observa-se, porém, que embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos expressos sobre o assunto e se aceite genericamente a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado igualmente de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano das normas e no plano do ato individual, através das chamadas fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão ou de impugnação não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Uma única exceção vislumbra-se para a sentença condenatória penal, uma vez que aqui inexistente prazo para a propositura da revisão. Nos termos do artigo 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo, se a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei. O mesmo já não se dá com as demais sentenças, porque aqui há o prazo para a propositura da rescisória.

Eu creio que, dado o adiantado da hora, poderíamos ficar por aqui e eventualmente contemplarmos uma ou outra questão que se colocasse no âmbito dos debates ou das discussões.

CONFERÊNCIAS & DEBATES

A NOVA FEIÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

EXPOSITORES: MIN. CARLOS MÁRIO VELLOSO
 PROF. MICHEL TEMER

O Min. Carlos Mário Velloso: Emitente Juiz Homar Cais, Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região; eminentes Prof. Geraldo Ataliba, que preside esta Sessão; eminente Juíza, do Tribunal Federal da 3ª Região, Annamaria Pimentel; meu eminente Companheiro de trabalho, Prof. Michel Temer; Profa. Rosolêa; eminentes Colegas Magistrados que nos dão a honra de sua presença, membros do Ministério Público, Senhores Advogados; Colegas; minhas Senhoras e meus Senhores.

Mais uma vez estamos em São Paulo, convivendo com os Juristas paulistas, com nossos Amigos de São Paulo. É sempre muito agradável retornar a São Paulo, conviver com seus Magistrados, com seus Juristas. São Paulo que, eu faço questão de acentuar sempre e sempre, tem uma magnífica Escola de Direito. Escola de Direito que aprendemos a admirar e a respeitar. De maneira que, àqueles que me proporcionaram a oportunidade desse convívio, sejam as minhas primeiras palavras de agradecimento.

Devo falar-lhes a respeito do Mandado de Injunção. Mandado de Injunção como garantia constitucional. O novo perfil do Mandado de Injunção e sobre como o Mandado de Injunção se apresenta na doutrina e na jurisprudência.

Devo dizer-lhes que a doutrina tem avançado muito mais do que a jurisprudência, mas isso não importa.

Em debates científicos, como este, haveremos de fazer deslanchar também a jurisprudência e, assim, realizar aquilo que a Constituição quer em relação aos remédios constitucionais que ela criou e ampliou.

A Constituição de 1988 amplia a jurisdição constitucional. Quer a jurisdição constitucional propriamente dita, aquela que diz respeito ao controle de constitucionalidade, quer a jurisdição constitucional das liberdades, como a denominou Cappelletti.

No que toca à jurisdição constitucional propriamente dita, a Constituição ampliou o controle concentrado: instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, manteve o controle difuso e estabeleceu isto — que alguns autores já denominaram de “enigma”, que está posto na Constituição — que é a “arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição” e que cumpre à lei regulamentar, no que toca à jurisdição constitucional das liberdades.

E é nesta jurisdição que fixaremos a nossa conversa nesta noite.

A Constituição criou o mandado de segurança coletivo, instituiu o Mandado de Injunção e o *Habeas Data* e ampliou o raio de ação da ação popular ao estabelecer que a mesma protegeria também a moralidade administrativa.

O quadro da jurisdição constitucional, no que diz respeito ao controle concentra-