

# CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS NO ÂMBITO DO ESTADO-MEMBRO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Gilmar Ferreira Mendes

Advogado Geral da União



## 1. Considerações Preliminares

A amplitude da jurisdição constitucional no Estado federal suscita inúmeras questões. A inexistência de regras de colisão - como é o caso da Alemanha e do Brasil - enseja insegurança, em determinadas situações, quanto à competência da jurisdição estadual ou federal<sup>[1]</sup>.

Como os atos do poder estadual estão submetidos às jurisdições constitucionais estaduais e federal, torna-se evidente, em certos casos, a concorrência de competências<sup>[2]</sup>, afigurando-se possível submeter uma questão tanto à Corte estadual quanto ao *Bundesverfassungsgericht*, nos casos de dupla ofensa.

Todavia, como enunciado, os parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade pelo *Bundesverfassungsgericht* hão de ser, fundamentalmente, a Constituição e as leis federais<sup>[3]</sup>. Da mesma forma, parâmetro para o controle de constitucionalidade exercido por um *Landesverfassungsgericht* é a Constituição estadual, e não a Lei Fundamental ou as leis federais<sup>[4]</sup>.

Situação semelhante verifica-se ente nós. Parâmetro de controle do juízo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal haverá de ser apenas a Constituição Federal. O controle abstrato de normas perante o Tribunal de Justiça estadual será apenas e tão-somente a Constituição estadual.

Como observado, a coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual enseja dúplice proteção judicial, independentemente da coincidência ou divergência das disposições contidas na Carta Magna e na Constituição estadual. A ampla autonomia de que gozam os Estados-Membros em alguns modelos federativos milita em favor da concorrência de jurisdições constitucionais.

Portanto, uma mesma lei estadual pode ser compatível com a Lei Maior incompatível com a Carta estadual. Daí abster-se o *Bundesverfassungsgericht* de se pronunciar sobre a validade da lei estadual, limitando-se a declarar a sua compatibilidade com a Lei Fundamental ou com o direito federal<sup>[5]</sup>. E, às objeções quanto à inexistência de objeto no controle de constitucionalidade perante a Lei Fundamental, no caso de inconstitucionalidade diante da Carta estadual, responde Friesenhahn, com proficiência:

"Tal restrição não leva em conta que, no Direito Constitucional, há que se distinguir o juízo sobre a validade da competência para apreciar essa validade ou declarar a invalidade" (*Dieser Einwand übersieht, dass im Verfassungsrecht zu unterscheiden ist, ob materiell eine Norm ungültig ist und wer befugt ist, die Gültigkeit zu prüfen und die Ungültigkeit geltend zu machen*)<sup>[6]</sup>.

Parece lícito enfatizar que a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual pressupõe, em uma estrutura federativa, expressa previsão constitucional e uma definição dos "parâmetros de controle" (*Kontrollmassstäbe*). Dessarte, mesmo quando as disposições dos textos constitucionais federal e estadual tiverem idêntico conteúdo, há de se admitir a autonomia dos pronunciamentos jurisdicionais da Corte Federal ou de tribunal estadual.

Convém alertar que a competência concorrente de Tribunais constitucionais estaduais e federal envolve algumas cautelas.

Evidentemente, a sentença de rejeição de inconstitucionalidade proferida por uma Corte não afeta o outro processo, pendente perante outro tribunal, que há de decidir com fundamento em parâmetro de controle autônomo<sup>[7]</sup>.

Todavia, declarada a inconstitucionalidade de direito local em face da Constituição estadual com efeito *erga omnes*, há de se reconhecer a *insubsistência* de qualquer processo eventualmente ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal que tenha por objeto a mesma disposição.

Da mesma forma, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Constituição Federal torna insubsistente (*gegenstandslos*) ou sem objeto eventual arguição, pertinente à mesma norma, requerida perante Corte estadual<sup>[8]</sup>.

Ao contrário, a suspensão cautelar da eficácia de uma norma no juízo abstrato, perante o Tribunal de Justiça ou perante o Supremo Tribunal Federal, não torna inadmissível a instauração de processo de controle abstrato em relação ao mesmo objeto, nem afeta o desenvolvimento válido de processo já instaurado perante outra Corte<sup>[9]</sup>.

Problemática há de se revelar a questão referente aos processos instaurados simultaneamente perante Tribunal de Justiça estadual e perante o Supremo Tribunal Federal no caso de ações diretas contra determinado ato normativo estadual em face parâmetros estadual e federal de conteúdo idêntico. Se a Corte federal afirmar a constitucionalidade do ato impugnado em face do parâmetro federal, poder o Tribunal estadual considerá-lo inconstitucional em face de parâmetro estadual de conteúdo idêntico?

Essa questão dificilmente pode ser solvida com recurso às conseqüências da coisa julgada da eficácia *erga omnes*, uma vez que esses institutos, aplicáveis ao juízo abstrato de normas, garantem eficácia do julgado enquanto tal, isto é, com base no parâmetro constitucional utilizado. Pretensão n

sentido de se outorgar eficácia transcendente à decisão equivaleria a atribuir força de interpretação autêntica à decisão do Tribunal federal.

No plano dogmático, pode-se reconhecer essa consequência se se admitir que as decisões do Supremo Tribunal Federal são dotadas de *efeito vinculante* (*Bindungswirkung*), que se não limita à parte dispositiva, mas se estende aos fundamentos determinantes da decisão.

Assim, pelo menos no que se refere às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia cogitar de um efeito transcendente se a questão estadual versasse também sobre a norma de reprodução obrigatória pelo Estado-membro.

## 2. Parâmetro de controle estadual e questão constitucional federal

Essas colocações não devem levar à idéia de que o controle de constitucionalidade da lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual não se mostra apto a suscitar *questão federal* que deva, eventualmente, ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode ocorrer que o Tribunal estadual considere inconstitucional o próprio parâmetro de controle estadual, por ofensivo à Constituição Federal. No sistema concentrado clássico, o Tribunal submeteria a questão, no âmbito do controle concreto de normas, ao Tribunal Constitucional Federal.  
[10]

Todavia, como haverá de proceder, entre nós, o Tribunal de Justiça que identificar a inconstitucionalidade do próprio parâmetro de controle estadual?

Nada obsta a que o Tribunal de Justiça competente para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual suscite *ex-officio* a questão constitucional - inconstitucionalidade do parâmetro estadual em face da Constituição Federal -, declarando incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e extinguindo, por conseguinte, o processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido (declaração de inconstitucionalidade face a parâmetro constitucional estadual violador da Constituição Federal).

Portanto, da decisão que reconhecesse ou não inconstitucionalidade do parâmetro de controle estadual seria admissível recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que tanto poderia reconhecer a legitimidade da decisão, confirmando a declaração de inconstitucionalidade, como revê-la, para admitir a constitucionalidade de norma estadual, o que implicaria a necessidade de o Tribunal de Justiça prosseguir no julgamento da ação direta proposta.

Isto já demonstra que não se pode cogitar de uma separação absoluta entre as jurisdições constitucionais estaduais e federal.

### 3. Recurso extraordinário e norma de reprodução obrigatória

Mais séria e complexa revela-se a indagação sobre o cabimento de recurso extraordinário na hipótese de o Tribunal de Justiça, em ação direta de inconstitucionalidade, adotar interpretação de norma estadual de reprodução obrigatória, que, por qualquer razão, se revele incompatível com a Constituição Federal.

Ora, se existem princípios de reprodução obrigatória pelo Estado-membro, não só a sua positivação no âmbito do ordenamento jurídico estadual, como também a sua aplicação por parte da administração ou do Judiciário estadual pode-se revelar inadequada, desajustada ou incompatível com a ordem constitucional federal.

Nesse caso, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de que se submeta a controvérsia constitucional estadual ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário.

Essa questão foi elucidada pelo Ministro Moreira Alves, na Reclamação nº 383, como se pode ler na seguinte passagem de seu voto:

*“Isso implica dizer que as normas que a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, impõe à observância do Estado devem ser transplantadas (normas de reprodução) para as Constituições estaduais, ao passo que as outras podem, ou não, ser copiadas (normas de imitação) por estas. E é óbvio que esse transplante não se faria necessário se essas normas de reprodução fossem inócuas, por não serem sequer jurídicas. São das eficazes também no ordenamento jurídico estadual, permitindo, obviamente, que aí atuem como normas estaduais, no limites da competência dos Estados de aplicá-las e fazê-las respeitar.*

*A essa eficácia, que tradicionalmente é reconhecida no direito brasileiro - jamais se negou, no âmbito do recurso extraordinário, que questão discutida em face de norma estadual de reprodução obrigatória pelos Estados (várias das normas gerais de direito tributário o são) era exclusivamente estadual -, a essa eficácia, repito, a única objeção que se lhe pretende opor como intransponível é a de que o Supremo Tribunal Federal, assim, poderá perder sua posição de guardião da Constituição. E isso porque, nesse caso, as decisões em ação direta estadual, por se tratar de processo objetivo, ou não admitiriam sequer recurso extraordinário, ou, se admitido este, a declaração de inconstitucionalidade da norma local, no âmbito do Estado-membro, impediria que esta Corte a reexaminasse, em controle difuso, em face da Constituição Federal.*

*Essa única objeção que se apresenta como se fosse da intransponível para não se admitir o controle a constitucionalidade das leis estaduais e municipais, pelos Tribunais de Justiça, em face das Constituições estaduais na sua globalidade - que é o parâmetro de confronto adotado pela Constituição Federal -, também se aplica, em seus exatos termos, à orientação da inadmissibilidade dessas ações diretas de inconstitucionalidade estaduais em relação às normas de reprodução. Com efeito, ainda que se considere, adotando essa tese, que essas ações diretas estaduais não são admitíveis, se elas forem ajuizadas - como o têm sido inúmeras vezes, segundo noticiam as informações nestes autos -, e se o Tribunal de Justiça as julgar, sem que se proponha reclamação, essa decisão será insusceptível de ataque, e a lei municipal ou estadual declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça sair imediatamente, do mundo jurídico. Também, portanto, com tal orientação ficará arranhado o papel do Suprem*

Federal com guarda da Constituição Federal.

Assim, se o único inconveniente de uma tese é também inconveniente da outra, que, além dele apresenta vários outros - como demonstrei - pelas consequências inadmissíveis que provoca, parece insustentável restringir a autonomia constitucional dos Estados, que a Constituição não restringe, e, com base no inconveniente comum, sustentar que correta é a orientação que, além dele - que é o único da outra -, apresenta outros diversos". [11]

Em seguida, concluiu o eminente Ministro, com proverbial precisão:

"Ocorre, porém, que não é certo afirmar-se que, em ação direta de inconstitucionalidade estadual, por ser processo objetivo, dada a natureza de seu objeto, não é admissível recurso extraordinário.

Tanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição federal perante o Supremo Tribunal Federal quanto na ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual perante Tribunal de Justiça, pode surgir a questão - que é sempre federal - de a norma constitucional federal ou estadual, que levará à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, seja inconstitucional. Com efeito, em ação direta proposta perante esta Corte em face da Constituição Federal, não poderá ela declarar incidentalmente que a emenda constitucional que introduziu na Constituição Federal o preceito que é incompatível com o ato normativo atacado e que é inconstitucional, por defeito formal no processo legislativo observado, ou por violação da cláusula pétrea? É claro que poderá, pois seria inadmissível que o Supremo Tribunal Federal, para impor a observância da Constituição, não pudesse declarar inconstitucional o que realmente o seria (o princípio nela introduzido inconstitucionalmente), e tivesse de ter como inconstitucional a norma infraconstitucional que, em verdade, não infringiu a Constituição.

Ora, se essa questão raramente surgirá em ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal perante esta Corte dada a limitação dessas causas de inconstitucionalidade, o mesmo não se poderá dizer com relação às ações diretas de inconstitucionalidade em face das Constituições estaduais. Haja vista a frequência com que esta Corte tem declarado inconstitucionais normas constitucionais estaduais. E, se levantada questão dessa natureza no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, não terá ela de ser julgada pelo Tribunal local, com recurso extraordinário a esta Corte, com base, conforme o caso, nas letras "a" ou "c" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal? É evidente que sim, pois a ação direta de inconstitucionalidade não é incompatível com recurso - no âmbito desta Corte, os embargos infringentes sempre foram admitidos -, e não há como sustentar-se que as lides objetivas não sejam causas para efeito de recurso extraordinário, que visa a preservar a observância da Constituição Federal.

Assim sendo, nas ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, em que lei municipal ou estadual seja considerada inconstitucional em face de preceito da Constituição estadual que reproduza preceito central da Constituição federal, nada impede que nessa ação se impugne, como inconstitucional, a interpretação que se dê a preceito de reprodução existente na Constituição do Estado por ser da violadora da norma reproduzida, que não pode ser desrespeitada, na federação, pelos diversos níveis de governo. E a questão virá a esta Corte, como, aliás, tem vindo, nos vários recursos extraordinários interpostos em ações diretas de inconstitucionalidade de leis locais e face da Constituição Federal ajuizadas nas Cortes locais, a questão da impossibilidade jurídica dessas arguições. (RREE 91740, 93088 e 92169, que foram todos conhecidos e providos)". [12]

Não há dúvida, pois, de que será cabível o recurso extraordinário contra a decisão do Tribunal de Justiça que, sob pretexto de aplicar o direito constitucional estadual, deixar de aplicar devidamente a norma de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.

É interessante notar que a decisão proferida em sede de recurso extraordinário no Supremo Tribunal que implique o reconhecimento da procedência ou da improcedência da ação direta proposta no âmbito estadual será igualmente dotada de eficácia *erga omnes*, o que ressalta uma outra peculiaridade dessa situação de inevitável convivência entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

E se não houver a interposição do recurso extraordinário? A decisão transitará em julgado para o Supremo Tribunal Federal?

Tal como já apontado, duas são as situações possíveis:

(a) o Tribunal afirmará a improcedência da arguição de inconstitucionalidade, declarando com eficácia *erga omnes*, que a lei estadual ou municipal é compatível com a Constituição estadual.

(b) o Tribunal afirmará a procedência da arguição, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal, com eficácia geral.

Na primeira hipótese, não há que se cogitar de eficácia de decisão em relação ao Supremo Tribunal Federal, podendo vir a conhecer da questão no processo de controle difuso ou direto de constitucionalidade. No caso de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou municipal, com trânsito em julgado, não haverá objeto para a arguição de inconstitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

É o que também sustenta o Ministro Moreira Alves, na seguinte passagem do voto proferido na Reclamação 383, *verbis*:

*“Pode ocorrer, no entanto, que não haja a interposição do recurso extraordinário. E o mesmo problema sucederá - como já acentuei - se, adotada a orientação contrária, não for proposta reclamação para verificação da ocorrência, ou não, de inconstitucionalidade só declarável em face de texto de reprodução, certo como que não cabe reclamação, para a preservação de competência, que tenha de desconstituir a ação transitada e julgada. Ainda recentemente esta Corte reafirmou esse entendimento, ao não conhecer, por unanimidade de votos em 28 de maio próximo passado, a reclamação 365, de que fui relator. Nesse julgamento se decidiu que reclamação destinada à preservação de competência do S.T.F. só é cabível se a decisão objeto dela ainda não transitou e julgada, pois reclamação não é sucedâneo de ação rescisória.*

*Ora, na hipótese de não interposição de recurso extraordinário (ou de não oferecimento de reclamação a acima observei), se a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela sua improcedência - o que vale diz que a lei municipal ou estadual foi tida como constitucional -, embora tenha ela também eficácia *erga omnes* essa eficácia se restringe ao âmbito da Constituição estadual, ou seja, a lei então impugnada, aí, não poderá ter sua constitucionalidade discutida em face da Constituição estadual, o que não implicará que não possa ter sua inconstitucionalidade declarada, em controle difuso ou em controle concentrado (perante esta Corte, se se tratar de*

estadual), em face da Constituição federal, inclusive com base nos mesmos princípios que serviram para a reprodução. E isso se explica, não só porque a causa petendi (inconstitucionalidade em face da Constituição federal, e não da Constituição estadual) é outra, como também por ter a decisão desta Corte eficácia erga omnes nacional, impondo-se, portanto, aos Estados.

Se, porém, a decisão do Tribunal de Justiça, na ação direta, for pela procedência - o que implica a declaração de nulidade da norma municipal ou estadual impugnada -, a sua retirada do mundo jurídico, com eficácia retroativa à data do início de sua vigência, se faz no âmbito mesmo em que ela surgiu e atua - o estadual -, o que impede que, por haver a norma deixado de existir na esfera do ordenamento que integrava, que seja reavivada, em face da Carta Magna federal, questão cujo objeto não mais existe<sup>[13]</sup>.

Tal como já apontado, essa decisão forneceu as novas bases do sistema de controle direto de constitucionalidade do direito estadual e municipal perante o Tribunal de Justiça, assentando a autonomia dos parâmetros de controle e a possibilidade de que a questão suscitada perante o Tribunal local se converta numa questão constitucional federal, especialmente nos casos de aplicação das chamadas normas de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.

[1] Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 2ª ed., Munique, p. 16-17.

[2] Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 16-17.

[3] *BVerfGE* 6:382; *BVerfGE*, 11:94; Friesenhahn, *Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, in Starck, Christian, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, Tübingen, 1976, p. 748 (752).

[4] Friesenhahn, *Zur Zuständigkeitsabgrenzung....*, in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 754.

[5] Hartmut Söhn, *Die abstrakte Normenkontrolle*, in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 318-19.

[6] Friesenhahn, *Zur Zuständigkeitsabgrenzung....*, in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 752.

[7] *BVerfGE*, 34:52(58); Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 18 e 151; Stern, *Kommentar zum Grundgesetz (Zweitbearbeitung)*, art. 100, nº 49.

[8] Cf. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 151; Stern, *Kommentar*, cit., art. 100, nº 149.

[9] Parece evidente que, deferida a suspensão cautelar perante uma Corte, inadmissível é a concessão de liminar por outra, uma vez que manifesta a ausência dos pressupostos processuais.

[10] Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 377.

[11] Reclamação nº 383, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 147, p. 404 (450/451).

[12] Reclamação nº 383, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 147, p. 404 (451/452).

[13] Reclamação nº 383, Relator: Ministro Moreira Alves RTJ 147, p. 404 (452).

