

## DISCURSOS

### Palestra nas comemorações dos 100 anos da Faculdade de Direito da UFRS.

TEMA: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE UMA ANÁLISE DAS LEIS 9868/99 E 9882/99.

#### Introdução

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade vem sofrendo, desde 1988, importantes transformações em seu perfil. Neste processo, desempenham relevante papel os recentes diplomas legislativos que disciplinam o processo de julgamento da ADPF, ADIN e da ADC. Estamos a nos referir às Leis 9868/99 e 9882/99. Nas considerações que se seguem, vamos abordar os principais temas relativos a elas e suas repercussões em nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Tendo origem em projeto de lei proposto pela ilustre deputada Sandra Starling, entrou em vigor em 3 de dezembro de 1999 a Lei 9882, regulamentando o art. 102, § 1º da CF. Trata-se de diploma legal que visa dar conformação à nova Lei de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade com um grande potencial para aperfeiçoá-lo. Podemos listar como sendo as mais importantes:

#### 1- AMPLIAÇÃO DO LEQUE DE SITUAÇÕES QUE PODEM SER OBJETO DE CONTROLE CONCENTRADO

Uma das mais importantes características da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - instrumento de controle concentrado de constitucionalidade - é a larga extensão do conjunto de seus possíveis objetos, fruto da semântica dada pela expressão "ato do Poder Público" contida no art. 1º da lei que a disciplina. Assim, por além de atos de natureza normativa, o citado dispositivo está a indicar que a arguição de descumprimento nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição - alegação de contrariedade à Constituição - decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de norma normativa infraconstitucional.

Também no plano dos atos normativos, houve ampliação das hipóteses de controle concentrado. Assim, com o advento do mesmo art. 1º, a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para ? de forma definitiva e com efeito geral ? resolver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito municipal ou direito ordinário pré-constitucional da nova Constituição, hipótese que, até o momento, somente poderia ser apresentada mediante recurso extraordinário ao STF.

#### 2- ANTECIPAÇÃO DAS DECISÕES SOBRE CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS PELO STF:

Outra fundamental inovação trazida pela arguição de descumprimento é a antecipação de decisões sobre questões constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando as situações já se consolidaram ao arripio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal. Muitos já se perguntaram sobre a possibilidade de uma tal antecipação decisória, já que, conforme o § 1º do art. 4º, a propositura da arguição de descumprimento dependeria da inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a situação inconstitucional. O uso da arguição de descumprimento fica condicionada a um princípio de subsidiariedade. Tal inteligência não se nos afigura de todo correta. Explicamos o motivo.

O pleito a ser formulado na arguição pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará - pelo menos inicialmente - sobre a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção específica. Ainda assim, o ajuizamento da ação e a sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, à solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo e não para a proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade, tendo em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nessa hipótese, a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não pode ser proposta em substituição à arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de

constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para se resolver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há de se reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não há de se cogitar aqui de meio eficaz para resolver, em geral, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relativas ao princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, tal como assente na jurisprudência, tal hipótese não é veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

### 3- ANÁLISE DE FATOS E PROGNOSES :

Consoante o disposto no § 1º do art. 6º da Lei 9882, o relator do processo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá determinar o levantamento de dados de fato relevantes para o exame da questão com discutida nesta ação.

O dispositivo em questão tem inegável semelhança com o § 1º do art. 9º e com o §1º do art. 20 da Lei 9868 expressando, com certeza, a mesma preocupação por parte do legislador. Mas qual é ela?

Referimo-nos à apreciação dos chamados "fatos e prognoses legislativos" no âmbito do controle de constitucionalidade.

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados de fato no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial a própria metodologia jurídica.

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que no controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvérsias demandam alguma dilação probatória não podem ser apreciados em ação direta de inconstitucionalidade.

Essa abordagem confere, equivocadamente, maior importância a uma pré-compreensão do instrumento processual para a própria decisão do constituinte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que não se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se vê na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado "Brandeis-Brief" - memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no caso *versus Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmistificasse a concepção de que qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.

Hoje, não há como negar a "comunicação entre norma e fato" (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*) ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciável inseparável produziu, de certo modo, consequências no âmbito do processo constitucional. Inicialmente que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas.

Na Alemanha, propôs o deputado Dichgan, em 1968, que se alterasse a lei de organização da Corte Constitucional para assentar que o Bundesverfassungsgericht estava vinculado aos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador no caso de fixação de falsa constatação.

Essa proposta provocou uma discussão intensa no Parlamento alemão, tendo sido retirada pelo próprio autor em razão da verificação de que a sua aprovação ameaçava a existência da Corte Constitucional e que, por isso, teria a inconstitucionalidade declarada.

Essa proposta provocou uma discussão intensa no Parlamento alemão, tendo sido retirada pelo próprio autor em razão da verificação de que a sua aprovação ameaçava a existência da Corte Constitucional e que, por isso, teria a inconstitucionalidade declarada.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a competência do Tribunal.

Entre nós, não pode restar qualquer dúvida, a partir dos dispositivos agora presentes em nossa legislação, que a fática deve estar presente no controle de constitucionalidade com instrumento de racionalização das decisões neste âmbito.

#### 4- ABERTURA PROCEDIMENTAL:

Da mesma forma, afigura-se digno de realce o dispositivo ( § 2º do art. 6º ) constante da Lei 9882 que prevê a participação do relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo. Trata-se de figura prevista na Lei 9868 (art. 7º, § 2º). Em ambos os casos, o que se pretendeu foi introduzir em nosso direito o instituto do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade.

O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático e da ordem constitucional brasileira.

Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

#### 5- VALOR DAS DECISÕES:

Por último, é mister abordar a questão das decisões tomadas no âmbito das Arguições de Descumprimento Fundamental. Vários e interessantes são os aspectos deste tema. Passemos ao exame de alguns deles.

Damos por certo que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a sua natureza vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade das decisões municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma solução que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em casos de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. O ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal pela multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões, cremos que também poderá ser fornecido pelas decisões dadas no âmbito do descumprimento critério firme sobre a constitucionalidade de normas de mesmo teor, editadas pelas várias esferas federativas.

Resta um importante ponto a ser abordado. Trata-se das decisões que tenham como objeto a legitimidade ou a ilegitimidade das sentenças judiciais, especialmente aquelas em que não estejam envolvidas a aplicação de normas infraconstitucionais, mas sim a correção da interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional. Acreditamos que, em virtude do já citado efeito vinculante, o STF, a partir de sua decisão, passará a fixar o parâmetro obrigatório para a interpretação legítima a ser dada em casos semelhantes aos dispositivos constitucionais que versou a sentença questionada pela arguição de descumprimento.

A Lei 9868 de 10 de novembro de 1999 visa disciplinar o processamento e julgamento da ADIN e da ADC. . inovações mais importantes, tais como a positivação do "amicus curiae" e a possibilidade de averiguação f abstrato de normas, já foram referidas no bojo da análise que acabamos de fazer da Lei 9882/99 que reguli Restam, porém, alguns pontos que merecem ser abordados.

## 1- PROCEDIMENTO NA ADIN E NA ADC

Tradicionalmente, as regras destinadas à disciplina da ação direta de inconstitucionalidade e da ação decli constitucionalidade estavam contidas ou no texto constitucional, ou no Regimento Interno do Supremo Trib Agora, com a entrada em vigor da Lei 9868 este quadro muda profundamente.

Esta Lei trata, em capítulo destacado, da admissibilidade do procedimento da ação direta de inconstitucion II) e da admissibilidade e do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Eme Constitucional no 3, de 1993 (Capítulo III). Tendo em vista o caráter "dúplice" ou "ambivalente" das referide regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ação direta são, na sua essência, extensíveis à a

Atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, houve por bem a Lei 9868 deferir ao relator a possibilidade de indeferir petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (arts. 4o e 15). Cabe, de agravo da decisão de indeferimento ( art. 4º § único e art. 15 § único), no prazo de 5 dias .

## 2- MEDIDA CAUTELAR NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, optou a Lei 9868 por estab em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, por decisão da maioria absoluta membros, após a audiência, dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo imp A Lei explicita (art. 11), ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia erga omnes, devendo a s dispositiva ser publicada em seção especial do Diário Oficial no prazo de dez dias a contar do julgamento.

Ainda no que se refere à medida cautelar no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, o art. 11, § 1º dispõe, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cautelar será concedida com eficácia ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma fo que a liminar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido 11, §2º).

Também nesta matéria, deve-se observar que a já citada Lei contém disposição (art. 12) que autoriza o rel relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeter o diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação das inform de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessiva de cinco dias.

Essa providência, além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço d que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes convertam em lei.

Outra inovação do presente na Lei 9868 ( art. 21 ) refere-se à admissão, explicitamente, de cautelar, em aç de constitucionalidade, que há de consistir na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o julga processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definit qualquer sorte, há de se verificar no prazo de 180 dias.

Considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia erga omnes e vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece, indiscutivelmente, ter sido acertada a admissã legislador, de maneira explícita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estadc ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar.

### 3- EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

A Lei 9868 contém disposição que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecimento de eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros.

Antes desta inovação, a falta de um instituto que permitisse estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de valor declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

Por isso, assevera Garcia de Enterría, forte na doutrina americana, que "la alternativa a la prospectividad de las normas es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales ejerzan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente esta a las condiciones sociales".

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuava tanto enfatizar que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the unconstitutional is not law at all", passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites aos efeitos da inconstitucionalidade.

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

Sobre o tema, afirma Tribe:

"No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efetivamente a retroatividade'. Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser resolvida em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da lei a autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões."

Também a Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada *apelo* (*Appellentscheidung*), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções necessárias. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (es ist noch verfassungsgemäß) que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade plena.

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do Bundesverfassungsgericht, e do *apelo* ao legislador, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Desde 1970, prevê o § 31, (2), 2o e 3o períodos, da Lei do Bundesverfassungsgericht, que o Tribunal poderá declarar a constitucionalidade, a nulidade ou a inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade) de uma lei.

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

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória de uma lei cuja inconstitucionalidade declarada. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão sobre a nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados "casamentos mistos", na qual o Bundesverfassungsgericht decidiu equiparar, no que concerne à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (BVerfGE 37, 217 (262)) à declaração de nulidade. Segundo o entendimento firmado na decisão, a lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar

...intolerável para a ordem constitucional.

A Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, q[ue] segurança jurídica, razões de eqüidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tri[ibunal] Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o geral (art. 281o (4)).

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

"A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade, válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, no 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que ele: *possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem p[úblico] lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, com tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constitu[ção] atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão c[on] também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado.*

A primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) na autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as c[on] do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos."

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcada influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração c[on] inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como reportado por Garcia de Enterría:

"La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45 febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la "u[ni]o[n] matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Consti[ucional] ya de multitud de Comentários periodísticos.

La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no p[ro]ducido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la innovación supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo "que se ind[ic]a en el Fundamento undécimo" y éste explica como una eficacia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores."

O próprio Supremo Tribunal Federal tem apontado as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de d[et]e processo de controle de constitucionalidade.

Os casos de omissão parcial mostram-se extremamente difíceis de serem superados no âmbito do controle razão da insuficiência das técnicas de controle disponíveis.

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn 526, oferecida contra a Medida Provisória no 296, de 1991 aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disp[osto] X, da constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Sepúlve[da] julgamento do pedido de concessão de medida cautelar:

"Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos d[et]e constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que

Se a ofensa à isonomia consistir, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela invalidez da constrictão discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições semelhantes, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma que concede benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quanto os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho, "Constituição Dirigente e Vinculação de 1992, 333 ss.; 339; "Direito Constitucional", 1986, pág. 831; Gilmar F. Mendes, "Controle de Constitucionalidade", págs. 60 ss.; Regina Ferrari, "Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade", 1990, págs. 156 ss.; Carneri "O Princípio Constitucional da Igualdade", 1990, pág. 42): "a censurabilidade do comportamento do legislador Canotilho ("Constituição Dirigente", cit., pág. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa residir no acto positivo - exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais - como no procedimento emanado de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadão, esquecendo outros".

Se se adota a primeira solução - a declaração de inconstitucionalidade da lei por "não favorecimento arbitrário" - "exclusão inconstitucional de vantagem" - que é a da nossa tradição (v. g. RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/7) tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se a com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta - a da omissão parcial -, seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento - alegar reajuste monetário -, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos ver

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei - seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. Gilmar Mendes, cit. pág. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia - se pôde ser construída, a partir da Alemanha do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional -, suscita problemas relevantes de possível sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência brasileira, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicação em Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos nem na decisão final se poderia obter."

Evidente, pois, que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões.

Essa deficiência se mostrou igualmente notória, na decisão de 23.3.94, na qual o Supremo Tribunal Federal aproveitou oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser considerada constitucional enquanto não estivessem devidamente habilitados ou estruturados

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal viesse a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que, como ressaltado no voto do Ministro Moreira Alves, a afirmação sobre

da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Tais decisões demonstram que a criação de nova técnica de decisão decorre do próprio sistema constitutivo especialmente do complexo processo de controle de constitucionalidade das leis adotado entre nós.

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, o dispositivo em questão permite Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será "concreto" se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distorcer mais a vontade constitucional.

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade, ao Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos) estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia limitada, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar origem ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

---