



# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

## Análise das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99

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 processamento e julgamento do ADPE, ADIn, e da ADC. Estamos a nos referir às Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99. Nas considerações que se seguem, vamos abordar os principais temas relativos a elas e suas repercussões em nosso sistema de controle de constitucionalidade.

**A LEI Nº 9.882/99** – Tendo origem em projeto de lei proposto pela ilustre Deputada Sandra Starling, entrou em vigor em 3º de dezembro de 1999 a Lei nº 9.882, regulamentando o art. 102, § 1º, da CF. Trata-se de diploma legal que visa a dar conformação à chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

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

### 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 c

**“É possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores.”**

seus possíveis objetos, fruto da abertura semântica dada pela expressão “ato do Poder Público” contida no art. 1º da lei que a disciplina. Assim, por exemplo, para além de atos de natureza normativa, o citado dispositivo está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não envolva a aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

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

**CONTROVÉRSIAS PELO STF** – Outra fundamental inovação trazida pela arguição de descumprimento é a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arpejo da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal. Muitos podem discordar 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. Vale dizer, o uso da arguição de descumprimento fica condicionada a um princípio de subsidiariedade. Tal inteligência do dispositivo em questão não se nos afigura de todo correta. Explicamos o motivo.

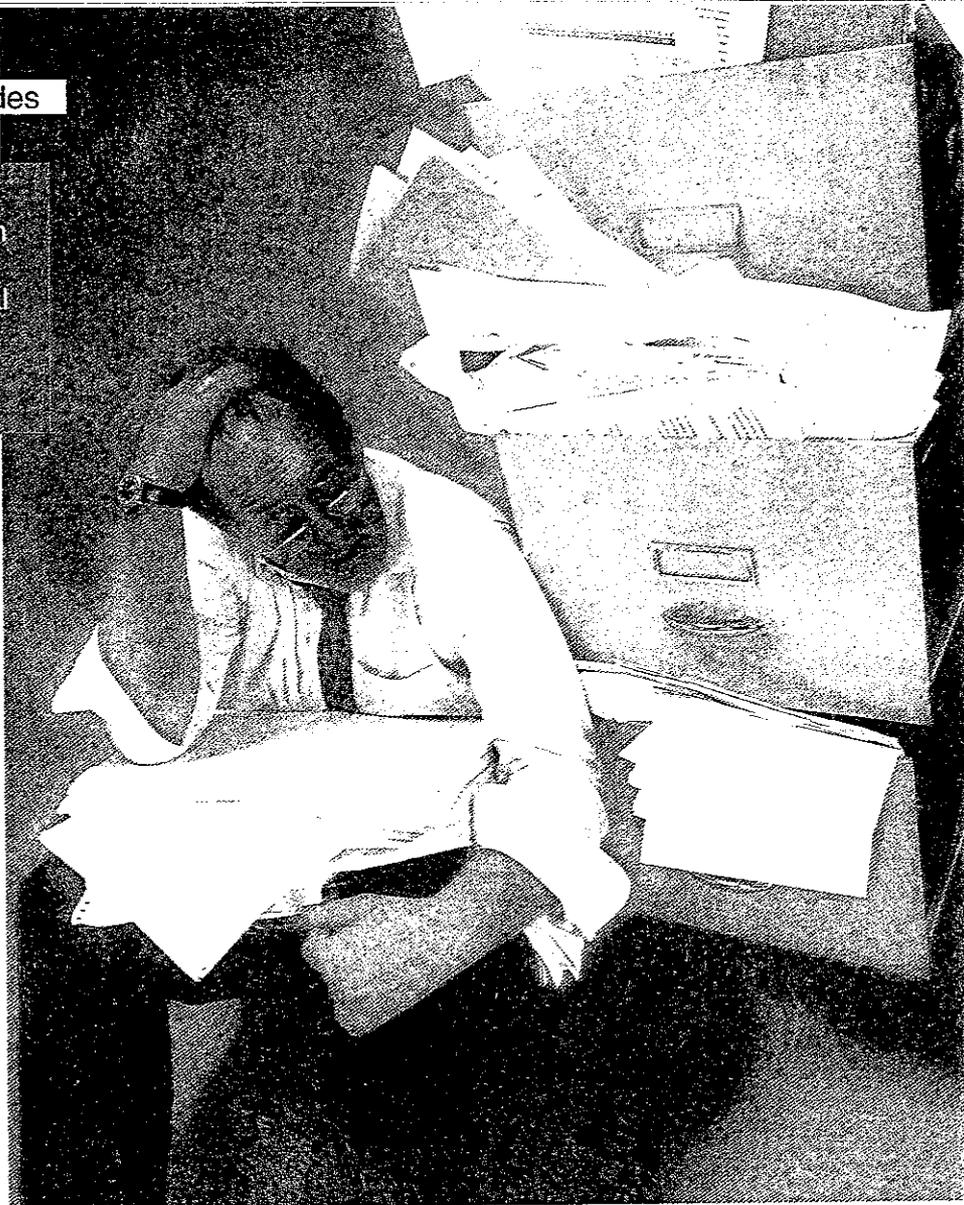
O pleito a ser formulado na arguição

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

Assim, levando-se em conta o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já conso-

lidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a 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 solver 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, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ação



direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da argüição de descumprimento.

Também é possível que se apresente argüição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que

**"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."**

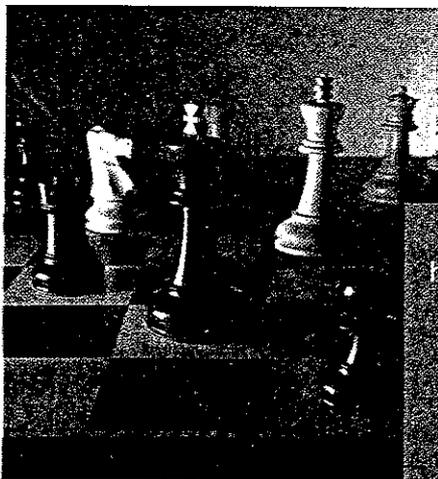


tenha sua legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não há como cogitar aqui de outro meio eficaz para solver, de forma ampla e geral, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da argüição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, tal como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

### ANÁLISE DE FATOS E PROGNOSES –

Consoante o disposto no § 1º do art. 6º da Lei nº 9.882, o relator do processo de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderá determinar o levantamento de dados de fatos relevantes para o exame da questão constitucional discutida nesta ação.



**"As vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior."**

O dispositivo em questão tem inegável semelhança com o § 1º do art. 9º e com o § 1º do art. 20 da Lei nº 9.868 (LADIN), expressando, temos 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 da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial à própria metodologia jurídica.

É verdade que, às vezes, uma leitura do modelo hermenêutico-clássico manifesta-se de forma radical, sugerindo que o controle de normas há de se fazer com o simples contraste entre a norma questionada e a norma constitucional superior. Essa abordagem simplificadora tem levado o Supremo Tribunal Federal a afirmar, às vezes, que fatos controvertidos ou que 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 do que à própria decisão do constitu-

inte de lhe atribuir a competência para dirimir a controvérsia constitucional.

É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica 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 *case Müller versus Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a 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*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, conseqüências no âmbito do processo constitucional. Inicialmente, afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de

questões jurídico-constitucionais, sendo estranha 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 restava vinculado aos fatos e prognoses estabelecidos pelo legislador, salvo no caso de fixação de falsa constatação.

Essa proposta provocou uma discussão intensa no Parlamento alemão, tendo sido retirada pelo próprio autor após a verificação de que a sua aprovação ameaçava a existência da Corte Constitucional e que, por isso, teria a sua 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 própria competência do Tribunal.

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

**ABERTURA PROCEDIMENTAL** – Da mesma forma, afigura-se digno de realce o dispositivo (§ 2º do art. 6º) constante da Lei nº 9.882 que permite que o relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo. Trata-se de figura assemelhada à contida na Lei nº 9.868 (art. 7º, § 2º). Em ambos os casos, o que se pretendeu foi introduzir em nosso direito positivo a figura 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 que rege a 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.

"No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, optou a Lei nº 9.868 por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiência dos órgãos ou das autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado."

**VALOR DAS DECISÕES** – Por último, é mister abordar a questão das decisões tomadas no âmbito das Arguições de Descumprimento de Preceito 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 eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais.

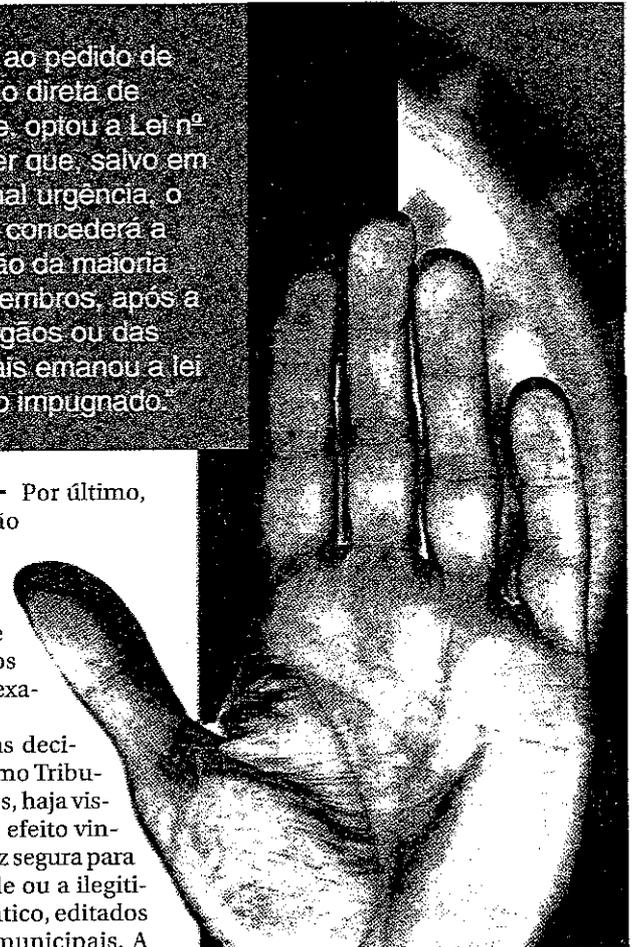
Do mesmo modo e pelas mesmas razões, cremos que também poderá ser fornecido pelas decisões dadas nas arguições de descumprimento, critério firme sobre a constitucionalidade de normas de mesmo teor, editadas pelas várias unidades federativas.

Resta um importante ponto a ser abordado. Trata-se das decisões que tenham como objeto a legitimidade ou ilegitimidade constitucional de sentenças judiciais, especialmente aquelas em que não estejam envolvidas a aplicação de lei ou ato

infraconstitucional, mas sim a correção da interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional. Nestes casos, acreditamos que, em virtude do já citado efeito vinculante, o STF, a partir de sua decisão, passará a fixar com força obrigatória qual a interpretação legítima a ser dada em casos semelhantes aos dispositivos constitucionais sobre os quais versou a sentença questionada pela arguição de descumprimento.

**A LEI Nº 9.868/99** – A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, visa a disciplinar o processamento e julgamento da ADIn e da ADC. Algumas das inovações mais importantes, tais como a positivação do *amicus curiae* e a possibilidade de averiguação fática no controle abstrato de normas, já foram referidas no bojo da análise que acabamos de fazer da Lei nº 9.882/99 que regula a ADPE. Restam, porém, alguns pontos que merecem ser abordados.

**PROCEDIMENTO NA ADIn E NA ADC** – Tradicionalmente, as regras destinadas à



disciplina da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade estavam contidas ou no texto constitucional, ou no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Agora, com a entrada em vigor da Lei nº 9.868, este quadro muda profundamente. Esta lei trata, em capítulo destacado, da admissibilidade do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e da admissibilidade e do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993 (Capítulo III). Tendo em vista o caráter “dúplice” ou “ambivalente” das referidas ações, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ação direta são, na sua essência, extensíveis à ação declaratória.

Atenta à necessidade de conferir certa celeridade aos processos da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, houve por bem a Lei nº 9.868 deferir ao relator a possibilidade de indeferir liminarmente as petições ineptas, as não fundamentadas e aquelas manifestamente improcedentes (arts. 4º e 15). Cabe, de toda maneira, agravo da decisão de indeferimento (art. 4º, parágrafo único, e art. 15, parágrafo único), no prazo de 5 dias.

**MEDIDA CAUTELAR** – No que se refere ao pedido de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, optou a Lei nº 9.868 por estabelecer que, salvo em caso de excepcional urgência, o Tribunal somente concederá a liminar, por decisão da maioria absoluta de seus membros, após a audiência dos órgãos ou das autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10). A Lei explícita (art. 11), ainda, que a decisão concessiva de cautelar terá eficácia *erga omnes*, devendo a sua parte 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, da Lei nº 9.868, dispõe, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a cautelar será concedida, regularmente, com eficácia *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Da mesma forma, prevê-se que a liminar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 2º).

Também nesta matéria, deve-se observar que a já citada Lei contém disposição (art. 12) que autoriza o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias.

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

Outra inovação do presente na Lei nº 9.868 (art. 21) refere-se à admissão, explicitamente, de cautelar, em ação declaratória de constitucionalidade, que há de consistir na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até o seu julgamento definitivo, que, de 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 o efeito vinculante das decisões proferidas nesse processo, parece, indiscutivelmente, ter sido acertada a admissão por parte do legislador, de maneira explícita, da concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar.

### CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

A Lei nº 9.868 contém disposição que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecer que ela tenha 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 censura, declarando a

constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

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

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*”, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de 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 nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

“No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: ‘a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo’. Paraphraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que ‘a constituição federal nada diz sobre o assunto’, a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: ‘Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administra

ção 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 decisão de apelo (*Appellentscheidung*), que lhe outorgava a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula adotada pelo Tribunal, a lei questionada seria, ainda, constitucional (*es ist noch verfassungsgemäss*), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito ou de uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade.

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 não podem ser inferidas diretamente da Lei do Bundesverfassungsgericht.

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

A Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1976, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281 (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 seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

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

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

A primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial *selfrestraint*, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicações. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas esta-

tuções e, 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, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como reportado por García de Enterría: '*La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia nº 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la 'unidad familiar' matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya de multitud de comentarios periodísticos. La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante más importante aún por la innovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo 'que se indica en el Fundamento undécimo' y éste explica como una eficacia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores.'*

O próprio Supremo Tribunal Federal tem apontado as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade.

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

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn nº 526, oferecida contra a Medida Provisória nº 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente relator, Ministro Sepúlveda Pertence, no 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 do controle da 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 não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

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

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.

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

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por 'não favorecimento arbitrário' ou 'exclusão inconstitucional de vantagem' – que é a da nossa tradição (v.g. RE nº 102.553, 21.08.86, RTJ 120/725) – a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficia-

dos, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial –, seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário –, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

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 legislativo 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, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional –, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, 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 aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que 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, tal como já admitido pela Corte Constitucional alemã em algumas decisões.

Essa deficiência se mostrou igual-

mente notória, na decisão de 23.03.94, na qual o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a defensoria pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos 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 a legitimidade 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 constitucional, 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 que o próprio 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 os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

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

GILMAR FERREIRA MENDES é Advogado-Geral da União.